



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
Dottorato in Studi Giuridici
Comparati ed Europei

Corso di Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei

XXIX ciclo

Tesi di Dottorato

**LA MODULAZIONE TEMPORALE DEGLI EFFETTI DELLA
SENTENZA DI ANNULLAMENTO DEL GIUDICE
AMMINISTRATIVO.**

Un'indagine comparata

Relatore

Prof. ssa Barbara Marchetti

Dottoranda

Dott.ssa Nadia La Femina

Curriculum

Diritto amministrativo, costituzionale, internazionale.

anno accademico 2015-2016



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

Dottorato in Studi Giuridici

Comparati ed Europei

Candidata: dott.ssa Nadia La Femina

**LA MODULAZIONE TEMPORALE DEGLI EFFETTI DELLA
SENTENZA DI ANNULLAMENTO DEL GIUDICE
AMMINISTRATIVO.**

Un'indagine comparata

Relatore: Prof.ssa Barbara Marchetti

Anno Accademico 2015-2016

Indirizzo specialistico in Diritto amministrativo, costituzionale, internazionale.

XXIX ciclo

Esame finale: 28.03.2017

Commissione Esaminatrice:

Prof. Fabio Saitta, Università di Catanzaro

Prof.ssa Annalisa Giusti, Università di Perugia

Prof.ssa Sara Valaguzza, Università di Milano

*Ai miei genitori
e a chi mi ha sostenuta nel percorso*

ELENCO DELLE ABBREVIAZIONI

A.J.	Actualité juridique
A.J.F.P.	Actualité juridique: Fonction publique
A.J.D.A.	Actualité juridique – Droit administratif
Bulletin Ass. plén.	Bulletin Assemblée plénière
Cah. Cons. const.	Cahiers du Conseil constitutionnel
Cahiers dr. eur.	Cahiers de droit européen
C.J.E.G.	Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz
CLJ	Cambridge Law Journal
Corr. giur.	Corriere giuridico
C.R.D.F.	Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux
D.	Recueil Dalloz
D.A.	Recueil analytique de jurisprudence et de législation
Dig. Disc. pubbl.	Digesto delle discipline pubblicistiche
Dir. amm.	Diritto amministrativo
Dir. comun. scambi int.	Diritto comunitario e scambi internazionali
Dir. e Form.	Diritto e Formazione
Dir. e giuris.	Diritto e giurisprudenza
Dir. e giuris.	Diritto e giurisprudenza
Dir. proc. amm.	Diritto processuale amministrativo
Dir. pubb.	Diritto pubblico
Dir. Un. eur.	Diritto dell'Unione europea
Dr. adm.	Droit administratif
Diz. dir. pubbl.	Dizionario di diritto pubblico
E.D.C.E.	Études et documents du Conseil d'Etat
Enc. dir.	Enciclopedia del diritto
Encycl. Dalloz	Encyclopédie Dalloz
Enc. giur. Treccani	Enciclopedia giuridica Treccani
Foro amm.	Foro amministrativo
Foro it.	Foro italiano

ABBREVIAZIONI

Gaz. Pal.	La Gazette du Palais
Giorn. dir. amm.	Giornale di diritto amministrativo
Giur. cost.	Giurisprudenza costituzionale
Giur. it	Giurisprudenza italiana
Giur. merito	Giurisprudenza di merito
Giust. civ.	Giustizia civile
Guida al dir.	Guida al diritto
J.P.L.	Journal of Public Law
J.C.P.	Juris-Classeur périodique (Semaine juridique)
J.C.P.G.	Juris-Classeur périodique, édition Générale
L.P.A.	Les Petites Affiches
New Law J.	New Law Journal
Nov. dig. it	Nuovo digesto italiano
Noviss. dig. it.	Novissimo digesto italiano
Quad. cost.	Quaderni costituzionali
R.A.	Revue de droit administratif général
Racc. CJCE	Raccolta Corte di Giustizia Unione europea
Rass. dir. pubbl.	Rassegna di diritto pubblico
Rass. trib.	Rassegna tributaria
R.D.P.	Revue du droit public
Rec.	Recueil
Resp. civ. e prev.	Responsabilità civile e previdenza
Rev. Adm.	Revue administratif
Rev. Trim. Dr. Civil.	Revue trimestrielle de droit civil
Rev. Trim. dr. eur.	Revue trimestrielle de droit européenne
R.F.D.A.	Revue française de droit administratif
R.G.A.	Revue générale d'administration
R.J.E.P.	Revue juridique de l'économie publique
R.H.D.	Revue historique de droit français et étranger
R.I.S.A.	Revue internationale des Sciences administratives
Riv. dir. banc.	Rivista di diritto bancario
Riv. dir. civ.	Rivista di diritto civile

ABBREVIAZIONI

Riv. dir. eur.	Rivista di diritto europeo
Riv. dir. proc.	Rivista di diritto processuale
Riv. it. dir. pubbl. com.	Rivista italiana di diritto pubblico comunitario
Riv. dir. pubbl. it. com. e comp.	Rivista di diritto pubblico italiano comunitario e comparato
Riv. dir. trib.	Rivista di diritto tributario
Riv. quadr. dir. amb.	Rivista quadrimestrale di diritto ambientale
Riv. trim. dir. proc. civ.	Rivista italiana di diritto e procedura civile
Riv. trim. dir. pubbl.	Rivista trimestrale di diritto pubblico
Rivista AIC	Rivista Associazione italiana dei costituzionalisti
R.R.J.	Revue de la recherche juridique
Urb. e App.	Urbanistica e Appalti

INDICE

ABSTRACT	Pag. XVII
----------	--------------

INTRODUZIONE

1. L'ambito della ricerca	1
2. Struttura della trattazione e profili metodologici	2
3. Obiettivi dell'indagine	4

CAPITOLO PRIMO

LA MODULAZIONE TEMPORALE DEGLI EFFETTI DELLA SENTENZA DI ANNULLAMENTO DEL PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

1. Considerazioni introduttive	8
2. L'azione di annullamento nel codice del processo amministrativo: caratteri, funzioni e natura giuridica	10
2.1. <i>Il superamento del tradizionale binomio illegittimità-annullabilità. Indici normativi a confronto</i>	21
2.2. <i>L'art. 21-octies comma 2 L. 241/90. La non annullabilità del provvedimento amministrativo affetto da vizi formali e procedurali</i>	22
2.3. <i>L'art. 34 comma 3 c.p.a. L'accertamento non costitutivo dell'illegittimità del provvedimento amministrativo a fini risarcitori</i>	33
2.4. <i>Gli artt. 121 e 122 c.p.a. Il potere modulatorio del giudice amministrativo in materia contrattuale a seguito dell'annullamento degli atti di gara</i>	37

INDICE

2.5. Altre ipotesi di modulazione temporale desumibili dalla normativa di settore	43
3. La sentenza di annullamento e i suoi effetti tipici: tra irrinunciabilità e modulabilità dell'effetto caducatorio e valorizzazione dell'effetto conformativo	46
3.1. La modulabilità degli effetti dell'annullamento d'ufficio: ragioni di una diversificazione	52
3.2. La modulazione degli effetti della sentenza di annullamento: il leading case del Consiglio di Stato, 10 maggio 2011, n. 2755	57
3.3. La successiva evoluzione giurisprudenziale in materia di modulazione temporale	62
3.4. Le posizioni della dottrina: tesi favorevoli e contrarie	74
4. La compatibilità del potere modulatorio con la natura della giurisdizione amministrativa: tra valorizzazione della natura soggettiva e rinnovate spinte oggettivistiche	79
5. La difficile conciliabilità del potere ufficioso di modulazione con i principi processuali della domanda e di corrispondenza tra chiesto e pronunciato	86
6. Il potere di modulazione temporale e la sua indispensabilità: soluzioni alternative prospettate	88
7. La tecnica della modulazione temporale nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Cenni	92
8. Considerazioni conclusive	99

CAPITOLO SECONDO

LA MODULATION DANS LE TEMPS DES EFFETS D'UNE ANNULATION CONTENTIEUSE NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO FRANCESE

1. Premessa: ragioni della comparazione	105
2. L'azione di annullamento dell'atto amministrativo nell'ordinamento	

INDICE

francese: caratteri e funzioni	110
2.1. <i>L'evoluzione del recours pour excès de pouvoir e il fenomeno del tendenziale avvicinamento al contentieux de pleine juridiction</i>	120
3. L'illégalité sans l'annulation: le tecniche procedurali elaborate dal giudice amministrativo per evitare annullamenti inutili o nefasti di atti illegittimi	126
3.1. <i>Le techniques correctives: la substitution de motifs et de base légale</i>	129
3.2. <i>Le techniques neutralisantes: la réserve d'intérêt général</i>	133
3.3. <i>La teoria dei vices non substantiels</i>	136
3.4. <i>La tecnica de l'annulation partielle, conditionnelle ou aux effets différés</i>	139
3.5. <i>Prime osservazioni sull'uso delle tecniche correttive e neutralizzanti</i>	142
4. Il principio di retroattività della sentenza di annullamento del <i>recours pour excès de pouvoir</i> e i suoi temperamenti	145
5. Il potere di modulazione temporale degli effetti della sentenza di annullamento: tra rivoluzione ed evoluzione	151
5.1. <i>Il leading case Association AC! et autres: natura, campo di applicazione, limiti e condizioni di esercizio del potere modulare</i>	153
5.2. <i>Evoluzione e sviluppi nella giurisprudenza amministrativa: bilancio e prospettive di oltre un decennio di applicazione</i>	161
6. La modulazione temporale degli effetti delle <i>décisions d'abrogation</i> del <i>Conseil Constitutionnel</i> . Cenni	169
7. <i>La modulation dans le temps</i> e le sue conseguenze sul sistema del <i>contentieux administratif</i> . Conclusioni	173

CAPITOLO TERZO

LA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA E LA MODULAZIONE DEGLI EFFETTI DELLE SUE SENTENZE

INDICE

1. Considerazioni introduttive: ragioni della scelta	181
2. L'azione di annullamento degli atti comunitari: caratteri e funzioni.....	186
3. La sentenza di annullamento dell'atto comunitario illegittimo: tra natura costitutiva, efficacia <i>erga omnes</i> e portata retroattiva degli effetti.....	191
3.1. <i>Gli effetti della sentenza di annullamento: la portata retroattiva e i suoi temperamenti</i>	194
4. Il potere di modulazione temporale degli effetti della sentenza di annullamento della Corte di giustizia europea: natura, portata e ambito di operatività	197
4.1. <i>L'applicazione del potere modulatorio al giudizio incidentale di validità</i>	202
4.2. <i>L'applicazione del potere modulatorio al giudizio incidentale di interpretazione</i>	208
4.3. <i>Criteri e limiti di operatività del potere modulatorio nel giudizio di annullamento comunitario e in quello interpretativo</i>	214
5. Il ricorso alla tecnica della modulazione temporale da parte degli Stati membri e i suoi rapporti con il diritto dell'Unione europea	217
6. Il potere di modulazione temporale della Corte europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Cenni	223
7. Osservazioni conclusive: verso un modello generale di azione di annullamento comunitaria a carattere oggettivo e a effetti solo conformativi?	226

CAPITOLO QUARTO

IL POTERE DI MODULAZIONE TEMPORALE IN PROSPETTIVA COMPARATA

1. Considerazioni introduttive	233
2. L' <i>Anfechtungsklage</i> nell'ordinamento tedesco: l'art. 113 del <i>VwGO</i> e le	

INDICE

peculiarità del potere modulare del giudice	234
3. La tecnica del <i>remand without vacation</i> delle corti statunitensi: la discrezionalità di <i>equity</i> nell'ambito degli <i>statutory reviews</i> e il difficile equilibrio tra principio di legalità e <i>tradition of remand discretion</i>	243
4. Il caso del Regno Unito: l' <i>undue delay</i> e la discrezionalità del giudice nella valutazione dei presupposti processuali e nella scelta dei rimedi azionabili	251
5. Considerazioni conclusive. Il potere di modulazione temporale in prospettiva comparata: verso un progressivo processo di convergenza dei modelli processuali?	259

CAPITOLO QUINTO

CONCLUSIONI: PROSPETTIVE EVOLUTIVE DELLA TECNICA DI MODULAZIONE TEMPORALE E DELL'ANNULLAMENTO GIURISDIZIONALE FLESSIBILE

1. Il potere di modulazione temporale in prospettiva comparata	263
2. Il nuovo modello di azione di "annullamento flessibile" e la trasformazione del ruolo del giudice amministrativo: da un "giudice controllore" a un "giudice amministratore"?	274
3. La tecnica della modulazione temporale in prospettiva evolutiva. Osservazioni conclusive	278

TAVOLA DEI CASI CITATI	285
------------------------------	-----

BIBLIOGRAFIA	291
--------------------	-----

ABSTRACT

La ricerca analizza il fenomeno della dissociazione tra accertamento dell'illegittimità del provvedimento amministrativo e annullamento retroattivo dello stesso e, più in generale, il mutamento del ruolo tradizionalmente assegnato alla tutela costitutiva nell'ambito della giustizia amministrativa.

Partendo da un esame dei rimedi elaborati per evitare annullamenti sostanzialmente inutili o dagli effetti pregiudizievoli, lo studio si sofferma sull'analisi della tecnica della modulazione temporale degli effetti della sentenza di annullamento che attribuisce al giudice amministrativo un potere di accertamento dell'invalidità dell'atto che prescinde dalla sua caducazione, consentendogli di conoscere dell'illegittimità di un provvedimento senza che da tale accertamento scaturiscano effetti costitutivi tipici o con esclusione e limitazione della portata retroattiva.

L'analisi è condotta in un'ottica comparata, attraverso lo studio delle applicazioni pratiche della tecnica modulatoria nell'ordinamento italiano, francese e comunitario. Brevi cenni sono poi dedicati al fenomeno dell'annullamento flessibile nell'esperienza tedesca, inglese e statunitense, in quanto ordinamenti che condividono l'istituto o che comunque riconoscono al giudice amministrativo poteri e strumenti analoghi, tesi ad adeguare gli effetti della pronuncia di annullamento alle specificità dei casi giudicati.

L'obiettivo perseguito è verificare, attraverso una comparazione tra le diverse esperienze, l'esistenza di possibili convergenze nell'uso dello strumento con particolare riferimento alle ragioni che inducono le corti a farne uso, agli interessi a tutela dei quali il potere è esercitato e alle ricadute che il ricorso alla tecnica ha comportato sul sistema di giustizia amministrativa.

L'indagine, condotta attraverso un approccio per lo più casistico, dimostra come il potere di modulazione - che condivide nella quasi generalità delle esperienze esaminate la natura pretoria - venga per lo più utilizzato a tutela di interessi di rilevanza pubblicistica, sebbene non trascuri le esigenze di tutela del ricorrente, specie nei casi in cui si tratti di esigenze sostanziali che non trovano nell'annullamento una piena ed efficace soddisfazione. Consente altresì di provare

ABSTRACT

l'utilità della tecnica, che si pone come meccanismo di flessibilità del sistema, garantendo l'adeguamento della pronuncia di annullamento alle esigenze effettive del caso concreto, oltre che il contenimento delle conseguenze disastrose altrimenti ingenerate dalla naturale portata retroattiva di tale pronuncia. Perviene, infine, all'affermazione dell'emergenza di un nuovo modello di azione di annullamento, a carattere non necessariamente costitutivo e retroattivo, in grado di contemperare l'esigenza di certezza e sicurezza giuridica con il rigore del principio di legalità e del rinnovato ruolo assolto dal giudice amministrativo chiamato a farsi carico delle conseguenze economiche e sociali delle proprie pronunce.

INTRODUZIONE

1. L'ambito della ricerca.

La ricerca si inserisce nell'ambito degli studi sul ruolo dell'annullamento giurisdizionale del provvedimento amministrativo illegittimo e sul processo di trasformazione e di evoluzione che lo stesso sta attraversando nel momento in cui viene posto in discussione il tradizionale binomio illegittimità - annullabilità.

Partendo dall'esame della funzione tradizionalmente assoluta nel nostro ordinamento dall'annullamento giurisdizionale e dai suoi caratteri ed effetti tipici, lo studio intende esaminare la recente tendenza, per lo più giurisprudenziale, di considerare l'annullamento retroattivo come conseguenza non più necessaria e indefettibile dell'accertamento dell'illegittimità dell'atto amministrativo e di riconoscere l'esistenza di un generale potere di accertamento dell'invalidità dell'atto che prescinda dalla sua necessaria caducazione.

Il fenomeno è realizzato attraverso l'attribuzione al giudice amministrativo di uno speciale potere di modulazione temporale degli effetti della sentenza di annullamento che può spingersi fino a negare la produzione del tipico effetto caducatorio - limitando la statuizione ai soli effetti conformativi - o a disporre un annullamento irretroattivo, ove ciò sia strumentale all'accoglimento di pretese sostanziali che non trovino nell'annullamento un rimedio soddisfacente, oltre che alla tutela della sicurezza giuridica e della stabilità delle situazioni soggettive che nel provvedimento illegittimo trovano origine o fondamento giuridico.

Il tema centrale affrontato riguarda, quindi, la derogabilità degli effetti costitutivi del giudicato amministrativo di accoglimento dell'azione di annullamento e della sua tradizionale natura retroattiva, tramite il riconoscimento al giudice amministrativo di un potere di modulazione temporale degli effetti delle proprie sentenze di annullamento e l'analisi dei rapporti intercorrenti tra azione di annullamento e accertamento dell'invalidità dell'atto.

La ricerca mira, in sostanza, a valutare, alla luce della normativa vigente e dei principi generali che regolano la giurisdizione amministrativa, l'ammissibilità di un'azione - quella di annullamento - per sua stessa natura tipica, ma alla quale venga riconosciuta la possibilità di produrre effetti atipici, non solo non previsti normativamente ma addirittura derogatori rispetto a quelli codificati e generalmente ricondotti a tale azione dal consolidato e tradizionale orientamento.

2. Struttura della trattazione e profili metodologici.

Lo studio è condotto attraverso un'indagine comparata volta a raffrontare il potere modulatorio del giudice amministrativo nell'ordinamento nazionale, francese e in quello dell'Unione europea. Brevi cenni sono poi dedicati alla comparazione con l'ordinamento tedesco e con i due principali ordinamenti di *common law*: quello del Regno Unito e degli Stati Uniti.

La scelta di questi ordinamenti giuridici, ai fini della comparazione, è dettata dalla non estraneità agli stessi, sia pure sotto profili e con modalità differenti, del tema della modulazione temporale degli effetti delle sentenze di annullamento da parte del giudice amministrativo e, quindi, della derogabilità della portata costitutiva dell'annullamento giurisdizionale e della sua retroattività, o in quanto potere normativamente previsto e disciplinato - è il caso dell'ordinamento europeo- o - negli altri casi esaminati- come figura di matrice pretoria.

Da un punto di vista strutturale il lavoro si articola in cinque capitoli.

Il primo è dedicato all'esame dall'esperienza dell'ordinamento giuridico nazionale e ripercorre il dibattito sviluppatosi in merito al potere di annullamento, le sue finalità e la disponibilità dei suoi effetti soffermandosi, in particolare, sull'analisi approfondita della recente giurisprudenza che, in maniera del tutto innovativa, ha riconosciuto in capo al giudice amministrativo la sussistenza di un generale potere di modulazione temporale degli effetti della sentenza di annullamento. Se ne colgono le ricadute pratiche e i risvolti operativi attraverso l'analisi critica del dibattito dottrinale che ha fatto seguito a tali pronunce.

Il secondo capitolo è incentrato sull'analisi dell'esperienza dell'ordinamento giuridico francese che, non solo conosce da tempo il fenomeno dell'*illégalité sans*

l'annulation, grazie all'elaborazione di molteplici tecniche volte ad evitare annullamenti inutili o nefasti o a limitare le conseguenze pregiudizievoli della portata retroattiva dell'annullamento, ma condivide con quello italiano la natura pretoria del potere di modulazione temporale degli effetti della sentenza di annullamento da parte del giudice amministrativo. Tuttavia, a differenza del primo, l'ordinamento francese conosce e pratica la tecnica da molto più tempo - trattandosi di uno strumento elaborato dal *Conseil d'État* sin dal celebre *arrêt Association AC! et autres* del 2004 – e ciò gli consente di fare affidamento su una più consolidata opera ricostruttiva della giurisprudenza che ha contribuito a delinearne l'ambito di operatività e le condizioni del relativo esercizio, offrendo per tale via importanti spunti di riflessione sulle conseguenze del fenomeno e sui concreti risvolti applicativi.

Nel terzo capitolo si analizza l'esperienza in materia di modulazione degli effetti delle sentenze di annullamento degli atti comunitari illegittimi rese dalla Corte di giustizia europea. Se ne colgono importanti argomenti di riflessione sia in considerazione della fonte normativa di tale potere - espressamente attribuito alla Corte dal Trattato - sia dell'influenza esercitata dall'ordinamento europeo sui sistemi giurisdizionali nazionali.

Il quarto capitolo è dedicato, oltre che a una comparazione, sia pur meno approfondita, con l'ordinamento tedesco, resa utile dalla peculiare natura costitutiva dell'azione di annullamento (*Anfechtungsklage*) che obbliga il giudice amministrativo a far decorrere gli effetti delle proprie sentenze di annullamento a partire dal momento esatto in cui accerta la nascita dell'illegittimità senza alcuna discrezionalità o possibilità di manovra in ordine alla fissazione di tale momento, ad un'analisi trasversale del fenomeno modulatorio, attraverso il raffronto con due ordinamenti di *common law*, il Regno Unito e gli Stati Uniti. Tale comparazione offre l'occasione per indagare sul se e in che misura l'affermazione di tale tecnica stia conducendo a un processo di progressiva convergenza tra i modelli europei, oltre che a un avvicinamento tra il sistema amministrativo proprio dei paesi di *civil law* e quello dei sistemi a *common law*.

Nel quinto capitolo vengono tratte alcune considerazioni conclusive di ordine generale, desumibili dal confronto operato tra le diverse esperienze giuridiche sul tema comune della modulazione temporale, e si analizzano le possibili prospettive

evolutive del fenomeno oggetto di indagine con particolare riferimento al nuovo modello di “annullamento flessibile” e alla trasformazione del ruolo assolto dal giudice amministrativo.

Sul piano metodologico, l’approccio utilizzato è di carattere prevalentemente casistico in quanto l’originalità e innovatività della tecnica e la sua natura tendenzialmente pretoria rendono necessario analizzare le fattispecie concrete nelle quali i diversi giudici amministrativi hanno materialmente fatto ricorso a tale potere. Ciò consente, infatti, di comprendere le ragioni che ne giustificano il ricorso, gli interessi che attraverso la sua adozione si intendono tutelare, i limiti e le condizioni del relativo esercizio e, soprattutto, le conseguenze che dall’uso alla stessa scaturiscono, specie in punto di compatibilità con il sistema di giustizia amministrativa vigente nei diversi sistemi giuridici analizzati.

Le numerose implicazioni che la tecnica modulatoria comporta sotto il profilo dell’incidenza sui principi processualistici di corrispondenza tra chiesto e pronunciato e, più in generale, della domanda, oltre che le riflessioni sulla portata della natura costitutiva della sentenza di annullamento resa dal giudice amministrativo, determinano la necessità di effettuare nel corso della trattazione costanti riferimenti alla normativa e alla dottrina processualcivilistica di cui - per economia di trattazione - si darà conto per lo più attraverso richiami in nota.

3. Obiettivi dell’indagine.

L’indagine comparata ha come obiettivo prioritario quello di comprendere, attraverso l’esame dei singoli contesti in cui ne viene fatto uso, se tale potere di modulazione assolva ovunque la medesima funzione e, in particolare, se in tutti gli ordinamenti esaminati lo stesso sia preordinato principalmente a garantire un maggior grado di effettività della tutela del privato o se nasconda, sullo sfondo, l’esigenza di proteggere l’interesse pubblico, attribuendo al giudice amministrativo il compito di realizzarne una migliore cura.

Attraverso una sintesi complessiva delle diverse esperienze si cerca di verificare se sia possibile estrarne dei principi generali che possano condurre a configurare un nuovo modello di azione di annullamento, a carattere non

necessariamente costitutivo e retroattivo, in grado di contemperare l'esigenza di certezza e sicurezza giuridica con il rigore del principio di legalità e a definire un nuovo modo per il giudice amministrativo di rapportarsi al tempo degli effetti delle proprie decisioni.

Si vuole poi riflettere sul rinnovato e più pregnante ruolo che il giudice amministrativo va assumendo nei diversi ordinamenti, improntato a un maggior realismo e pragmatismo che gli consente, attraverso il ricorso a tecniche procedurali alternative - prima fra tutte la modulazione temporale - di adeguare la propria decisione alle concrete esigenze del singolo caso e alle conseguenze che le stesse sono in grado di produrre.

CAPITOLO PRIMO

LA MODULAZIONE TEMPORALE DEGLI EFFETTI DELLA SENTENZA DI ANNULLAMENTO DEL PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. 2. L'azione di annullamento nel codice del processo amministrativo: caratteri, funzioni e natura giuridica. 2.1. Il superamento del tradizionale binomio illegittimità-annullabilità. Indici normativi a confronto. 2.2. L'art. 21-octies comma 2 L. 241/90. La non annullabilità del provvedimento amministrativo affetto da vizi formali e procedurali. 2.3. L'art. 34 comma 3 c.p.a. L'accertamento non costitutivo dell'illegittimità del provvedimento amministrativo a fini risarcitori. 2.4. Gli artt. 121 e 122 c.p.a. Il potere modulatorio del giudice amministrativo in materia contrattuale a seguito dell'annullamento degli atti di gara. 2.5. Altre ipotesi di modulazione temporale desumibili dalla normativa di settore. 3. La sentenza di annullamento e i suoi effetti tipici: tra irrinunciabilità e modulabilità dell'effetto caducatorio e valorizzazione dell'effetto conformativo. 3.1. La modulabilità degli effetti nell'annullamento d'ufficio: ragioni di una diversificazione. 3.2. La modulazione degli effetti della sentenza di annullamento: il leading case del Consiglio di Stato, 10 maggio 2011, n. 2755. 3.3. La successiva evoluzione giurisprudenziale in materia di modulazione temporale. 3.4. Le posizioni della dottrina: tesi favorevoli e contrarie. 4. La compatibilità del potere modulatorio con la natura della giurisdizione amministrativa: tra valorizzazione della natura soggettiva e rinnovate spinte oggettivistiche. 5. La difficile conciliabilità del potere ufficioso di modulazione con i principi processuali della domanda e di corrispondenza tra chiesto e pronunciato. 6. Il potere di modulazione temporale e la sua indispensabilità: soluzioni alternative prospettate. 7. La tecnica della modulazione temporale nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Cenni. 8. Considerazioni conclusive.

1. Considerazioni introduttive.

Il capitolo è dedicato all'analisi della modulazione degli effetti della sentenza di annullamento nell'esperienza italiana e ripercorre il dibattito sviluppatosi in merito al potere di annullamento giurisdizionale, alle sue finalità e alla disponibilità dei suoi effetti. Nel nostro ordinamento, come in altri sistemi giuridici europei, è, infatti, in atto da qualche tempo una tendenza verso una progressiva dissociazione tra l'accertamento dell'invalidità dell'atto e la sua caducazione, che non è più considerata come un'imprescindibile conseguenza del primo.

Partendo dall'esame del ruolo tradizionalmente assolto dall'annullamento giurisdizionale e dei caratteri tipici della relativa azione, ci si sofferma, preliminarmente, sull'analisi degli indici normativi sintomatici del fenomeno descritto. Dopo aver esaminato la natura e la portata di queste disposizioni e l'impatto che la loro introduzione ha avuto nel nostro sistema di giustizia amministrativa, si analizza l'evoluzione della giurisprudenza che, di recente, si è spinta oltre i confini di tali norme dando luogo a una tendenza innovativa suscettibile di condurre all'affermazione di un nuovo modello di annullamento e, al contempo, di giurisdizione.

Attraverso l'analisi dei motivi posti a fondamento delle pronunce in tema di modulazione temporale, delle critiche a esse rivolte dalla dottrina prevalente e delle modalità con cui tale innovativo indirizzo è stato recepito dalla successiva giurisprudenza amministrativa, ci si propone di inquadrare il modello emergente di annullamento giurisdizionale, ricercandone le implicazioni anche con riguardo alla natura oggettiva o soggettiva della giurisdizione con esso espressa.

Punto centrale dell'indagine è la sentenza della quarta sezione del Consiglio di Stato, la n. 2755 del 10 maggio 2011: in essa, infatti, in maniera del tutto innovativa, il Supremo Collegio ha ritenuto sussistere in capo al giudice amministrativo un generale potere di disporre degli effetti delle proprie sentenze di annullamento, sia nel senso di escludere la produzione stessa dell'effetto caducatorio, limitandolo al solo effetto conformativo, sia nel senso di statuire una retroattività solo parziale degli effetti caducatori con la decorrenza *ex nunc* o a partire da un momento successivo all'adozione dell'atto. Se è vero, infatti, che prima di questa

pronuncia non erano mancati orientamenti della giurisprudenza amministrativa che hanno evitato effetti retroattivi automatici, dannosi per il pubblico interesse e non utili per il ricorrente, va evidenziato come si tratti di casi in cui il giudice amministrativo non aveva inciso direttamente sugli effetti dell'annullamento ma su quelli dell'attività ripristinatoria o conformativa successiva, individuando già in fase cognitoria i comportamenti dell'amministrazione successivi all'annullamento.

L'indagine prosegue attraverso l'esame degli sviluppi che tale pronuncia ha registrato nella giurisprudenza amministrativa, evidenziando come essa non sia rimasta una decisione isolata ma abbia avuto un seguito, specie presso la giurisprudenza amministrativa di merito.

Si esamineranno così le ragioni che hanno giustificato l'introduzione di questa nuova forma di "annullamento flessibile", le esigenze che attraverso la stessa si siano intese soddisfare nei singoli casi concreti decisi, la *ratio*, la portata e le conseguenze in punto di compatibilità con il sistema di giustizia amministrativa vigente. L'obiettivo è cogliere se questo nuovo modello di annullamento rappresenti davvero un ulteriore sintomo di soggettivizzazione del nostro modello di giurisdizione - come sostenuto dalla giurisprudenza amministrativa che l'ha introdotto - o se non nasconda piuttosto, dietro le valorizzate esigenze di effettività della tutela, la necessità di garantire una migliore cura dell'interesse pubblico con attribuzione del relativo compito allo stesso giudice amministrativo, ascrivendosi in tal caso tra le contropunte oggettivistiche che pur connotano la giurisdizione di legittimità. In entrambi i casi, ci si interroga sul se le spinte fortemente soggettivistiche che caratterizzano il nostro processo amministrativo, accompagnate all'indiscutibile tendenza in atto a conciliare il giudizio di annullamento con la visione sostanzialistica del processo, e l'esigenza di garantire una migliore tutela del pubblico interesse possano arrivare fino a negare i tratti caratteristici e i caratteri fondamentali di questa azione, come tradizionalmente concepiti, sulla base di valutazioni operate autonomamente dal giudice e in assenza di una specifica domanda di parte.

Passando in rassegna la dottrina, l'analisi intende altresì verificare in che modo il riconoscimento del potere modulatore in capo al giudice amministrativo stia contribuendo a incidere in senso modificativo sulla tradizionale struttura dell'azione

di annullamento, modificandone i caratteri essenziali, e dando vita a un nuovo modello di annullamento giurisdizionale, oltre che a un nuovo e più incisivo ruolo del giudice amministrativo.

Ci si interroga, inoltre, sul se le esigenze sottese all'utilizzo di tale tecnica modulatoria da parte della giurisprudenza amministrativa siano in grado di trovare una soddisfazione solo attraverso il necessario ricorso a questo strumento o se, come sostenuto da molti, gli strumenti messi a disposizione dal nuovo codice del processo amministrativo siano già di per sé sufficienti a realizzarne lo scopo.

Un riferimento, sia pur necessariamente non approfondito, viene infine dedicato ai recenti sviluppi che l'uso del potere di modulazione ha registrato nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Pur nella diversità del settore, è interessante verificare come la possibilità di un ricorso a un "annullamento flessibile" sia stata avvertita anche dal giudice delle leggi, oltre che da quello dell'azione amministrativa, probabile sintomo di una generale insoddisfazione verso il classico e rigido modello dell'azione di annullamento.

2. *L'azione di annullamento nel codice del processo amministrativo: caratteri, funzioni e natura giuridica.*

Quando si parla di annullamento nel settore del diritto amministrativo si fa riferimento al fenomeno della eliminazione dalla vita giuridica di un atto amministrativo compiuta da organi dello Stato - pubbliche amministrazioni o organi giurisdizionali - che vi provvedono con l'emanazione di un atto connotato da un'efficacia retroattiva; tale atto può sostanzarsi o in un provvedimento amministrativo di secondo grado, nel caso di annullamento d'ufficio, o in una sentenza di annullamento, nell'ipotesi di quello giurisdizionale. Secondo la definizione tradizionale l'annullamento si qualifica, infatti, come la sanzione giuridica conseguente all'accertamento della violazione delle regole giuridiche attinenti alla formazione del provvedimento, ovvero come la tipica reazione dell'ordinamento contro atti amministrativi invalidi¹.

¹ Sull'annullamento dei provvedimenti amministrativi, in prospettiva generale, E. CANNADA BARTOLI, *Annulabilità e annullamento*, (voce), in *Enc. Dir.*, Milano, II, 1958, 495; G. CODACCI PISANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939, 11 ss.; G. GHETTI, *L'annullamento dell'atto*

Nel nostro ordinamento giuridico la struttura del giudizio amministrativo è sempre stata concepita in chiave essenzialmente impugnatoria come un processo di annullamento teso alla caducazione dell'atto illegittimo lesivo e alla conseguente rimozione dalla realtà giuridica degli effetti dallo stesso prodotto sin dal momento della sua adozione, onde consentire il ripristino della legalità violata. Dunque un processo sostanzialmente protesico, almeno originariamente, ad una tutela di tipo oggettivo alla stregua del modello francese al quale è stato a lungo ispirato².

Il sistema delle azioni esperibili è stato per molto tempo connotato da una rigida tipicità delle tecniche di tutela, nell'ambito delle quali l'unica azione concessa al cittadino per tutelarsi contro l'agire illegittimo della pubblica amministrazione era quella tesa all'annullamento del provvedimento in relazione ai vizi riscontrati. In quest'ottica, l'azione di annullamento ha sempre rivestito un ruolo e una posizione centrale nel sistema di giustizia amministrativa, ponendosi come un'azione a carattere generale e necessario.

amministrativo (voce), in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. I, Torino, 1987; F. MODUGNO, *Annullabilità ed annullamento (voce)*, in *Enc. Giur.*, vol. II, Roma, 1988, 1; V. M. ROMANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939, 1 ss.; S. ROMANO, *Annullamento degli atti amministrativi (voce)*, in *Nov. Dig. It.*, Torino, 1957.

² L'assetto della giustizia amministrativa in Italia è stato fortemente influenzato, almeno nelle sue origini, dal modello francese dal quale ha progressivamente iniziato a differenziarsi a partire dalla seconda metà dell'Ottocento con l'affermazione di tendenze originali, prima fra tutte la distinzione del rapporto tra giudice ordinario e amministrativo fondata sulla natura giuridica della posizione sostanziale fatta valere in giudizio, secondo la distinzione, tipicamente interna, tra diritti soggettivi e interessi legittimi. Prima di questo processo di diversificazione, infatti, la tutela del cittadino nei confronti dei pubblici poteri era assicurata attraverso il ricorso al c.d. sistema del "contenzioso amministrativo" di derivazione napoleonica, con devoluzione delle controversie con l'amministrazione ai Tribunali del contenzioso amministrativo, organi collegiali aventi natura amministrativa e inseriti, sia pur con qualche garanzia di indipendenza, nella organizzazione del Potere esecutivo. La successiva riforma attuata con la legge 20 marzo 1865, n. 2248, decretando il superamento di tale modello, attraverso l'abolizione del contenzioso amministrativo, devolveva tutte le controversie relative a diritti soggettivi al giudice ordinario. Con la conseguenza che l'assenza di un diritto soggettivo comportava, attesa l'abolizione dei Tribunali amministrativi, l'assenza di tutela giurisdizionale e la devoluzione delle controversie derivanti dall'esercizio di poteri pubblici alla cognizione dell'amministrazione che vi provvedeva mediante l'esame dei ricorsi amministrativi. Per far fronte a questo vuoto di tutela giurisdizionale la successiva legge Crispi del 1889 istituiva la quarta sezione del Consiglio di Stato cui devolveva la competenza a decidere i ricorsi per incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge contro atti di un'autorità amministrativa aventi ad oggetto "interessi di individui o di enti morali giuridici" con ciò decretando il passaggio da un sistema monistico di tutela giurisdizionale ad un sistema dualistico. Per una più approfondita analisi delle origini storiche e della successiva evoluzione del nostro sistema di giustizia amministrativa si rinvia a A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2016, 10 ss.; F. G. COCCA, (a cura di) *Giustizia amministrativa*, Torino, 2014, 4 ss.; C. E. GALLO, *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino, 2016, 34 ss. Per la ricostruzione tradizionale del giudizio amministrativo come giudizio cassatorio, G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto*, Milano, 1980, 86 ss.

La centralità di tale azione si ricollega a ragioni di carattere storico, fondamentalmente legate alle stesse esigenze che hanno condotto il legislatore nel 1889 a istituire la quarta sezione del Consiglio di Stato con l'obiettivo di consentire al cittadino di ottenere nei confronti della pubblica amministrazione quanto non gli era possibile ricevere rivolgendosi al solo giudice ordinario. Poiché con la legge abolitiva del contenzioso amministrativo veniva ed è tuttora precluso a quest'ultimo il potere di annullare, modificare o revocare il provvedimento amministrativo di cui fosse accertata l'illegittimità, il legislatore ha avvertito l'esigenza di attribuire espressamente il più penetrante potere di annullamento degli atti della pubblica amministrazione al giudice amministrativo, attraverso l'esperimento di un'azione tipica dal carattere tradizionalmente impugnatorio e costitutivo.

Il ruolo centrale assolto dall'azione di annullamento nel panorama delle forme di tutela esperibili contro l'agire pubblico e il suo carattere generale di rimedio ammesso ogni qual volta vengano in rilievo provvedimenti amministrativi lesivi adottati da una pubblica amministrazione, ha fortemente influenzato nel tempo il sistema di tutela giurisdizionale amministrativa. Basti pensare a come, per lungo tempo, la giurisprudenza sia stata indotta ad ammettere una tutela contro l'inerzia dell'amministrazione solo ricorrendo alla *fiction iuris* della configurazione del silenzio alla stregua di un atto tacito negativo della p.a. e a configurare la proponibilità di una tutela dichiarativa solo negando all'atto lesivo il carattere di provvedimento attraverso il ricorso alla teoria degli atti paritetici³.

Allo stesso modo il suo carattere di azione necessaria, la cui proposizione rappresenta cioè l'unico strumento per consentire al giudice di conoscere dell'illegittimità del provvedimento, è stata causa dell'elaborazione della teoria della pregiudiziale amministrativa e, quindi, del riconoscimento della possibilità di accedere alla tutela risarcitoria dei danni da lesione da provvedimento illegittimo

³ L'artificio di qualificare il silenzio dell'amministrazione alla stregua di un provvedimento di rigetto tacito allo scopo di consentire l'accesso alla tutela demolitoria fu superato dalla giurisprudenza alla fine degli anni Settanta del secolo scorso. Il Consiglio di Stato, infatti, ritenne che di fronte al silenzio dell'amministrazione il privato potesse proporre direttamente un'azione di accertamento volta a far dichiarare illegittimo il comportamento inerte mantenuto sulla istanza presentata dal privato e, addirittura, a condannare l'amministrazione a prendere una decisione espressa (positiva o negativa) sull'istanza. In alcune sentenze (rimaste isolate) il Consiglio di Stato si spinse fino al punto di stabilire che il giudice amministrativo avesse anche il potere di condannare l'amministrazione ad emanare l'atto richiesto, ove quest'ultimo avesse natura discrezionale. M. CLARICH, *Azioni nel processo amministrativo*, in *Enc. Dir. on line*, 2012.

solo subordinatamente alla previa rimozione dello stesso per effetto del positivo esperimento di un'azione di annullamento nei termini decadenziali di legge⁴.

Oggi i caratteri di generalità e necessità dell'azione annullatoria, come tradizionalmente intesi, e la sua stessa centralità sono progressivamente entrati in crisi e sono stati in parte superati grazie ad un progressivo processo di evoluzione giurisprudenziale i cui esiti sono stati recepiti e positivizzati dal codice del processo amministrativo.

Recependo le istanze provenienti tanto dalla giurisprudenza quanto dalla dottrina, il codice del processo amministrativo ha, infatti, affiancato alla classica azione di annullamento, che pur conserva la sua posizione preminente nel sistema di tutela giurisdizionale, una serie di azioni ulteriori, oggi codificate e non più frutto di mere elaborazioni giurisprudenziali, basate sulla valorizzazione del principio di atipicità della tutela giurisdizionale⁵.

⁴ Per un'ampia ricostruzione del problema della pregiudiziale amministrativa si rimanda, *ex pluribus*, a G. VERDE, *La pregiudizialità dell'annullamento nel processo amministrativo per il risarcimento del danno*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 343; R. VILLATA, *Pregiudizialità amministrativa nell'azione risarcitoria per responsabilità da provvedimento?*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 271; G. FALCON, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 287; F. CORTESE, *La questione della pregiudizialità amministrativa: il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo tra diritto sostanziale e diritto processuale*, Padova, 2007, 526; ID, *L'Adunanza Plenaria e il risarcimento degli interessi legittimi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 962; F. CARINGELLA G. DE MARZO, *La pregiudiziale amministrativa. Una storia infinita*, Roma, 2008; R. GAROFOLI, *La pregiudizialità: per un superamento regolato*, in *Riv. Nel diritto*, 2009, 1338; R. CHIEPPA, *La pregiudiziale amministrativa*, in R. CHIEPPA, V. LOPILATO, *Studi di diritto amministrativo*, Milano, 2007. Per una approfondita disamina dei profili di diritto comparato in merito ai rapporti tra azione di annullamento e risarcitoria si rinvia a D. DE PRETIS, *Azione di annullamento e azione risarcitoria nel processo amministrativo*, in *Dir. e Form.*, 2002, ID, *Il processo amministrativo in Europa. Caratteri e tendenze in Francia, Germania, Gran Bretagna e nell'Unione europea*, Trento, 2000; M. BUSSANI, *La responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione per attività illegittima. Note di diritto comparato*, in *Resp. civ. e prev.*, 2000, 547; ID, *La responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione per attività illegittima. Note di diritto comparato*, in *Resp. civ. e prev.*, 2000, 547.

⁵ Sul principio di atipicità delle azioni e dei rimedi esperibili nell'ambito del processo amministrativo a tutela della posizione soggettiva dell'interesse legittimo si veda R. GIOVAGNOLI, *Effettività della tutela e atipicità delle azioni nel processo amministrativo*, in www.giustamm.it, 27 settembre 2013; L. TORCHIA, *Le nuove pronunce nel Codice del processo amministrativo*, in AA.VV., *La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali*, Atti del LVI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna, 23.25 settembre 2010, Milano, 2011, 337; M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 557; ID., *Le azioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 1121; E. SCOTTI, *Tra tipicità e atipicità delle azioni nel processo amministrativo (a proposito di ad. plen. 15/11)*, in *Dir. amm.*, 2011, 767; M. RAMAJOLI, *Le tipologie delle sentenze del giudice amministrativo*, in (a cura di) R. Caranta, *Il nuovo processo amministrativo*, Bologna, 2011, 573-628. Va comunque evidenziato come a seguito dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo che ha tipizzato molte azioni il dibattito sulla atipicità dei rimedi esperibili nel processo amministrativo ha oggi perso molta della sua

E' il caso dell'azione di adempimento o di condanna al rilascio del provvedimento che, originariamente non prevista, è stata da ultimo codificata per effetto del secondo correttivo al codice, attuato con il d.lgs. 14 settembre 2012, n. 160, ed è oggi esperibile nei limiti e con le condizioni prescritte dall'art. 34 comma 1 lett. c) c.p.a.⁶. Nonostante la sua codificazione, l'azione conserva, tuttavia, un carattere accessorio e una posizione ancillare rispetto a quella di annullamento⁷.

Allo stesso modo, pur non prendendo espressa posizione sulla generale praticabilità di un'azione di accertamento, che nonostante l'originaria previsione nel testo di legge non è stata normativamente recepita, il legislatore ha codificato alcune fattispecie tipiche di azioni dichiarative esperibili nel processo amministrativo⁸. E' il

originaria importanza e si ricorre a tale principio solo a proposito dell'azione di mero accertamento e di quella di accertamento costitutivo.

⁶ Per le caratteristiche di tale azione e sulle problematiche che ancora pone nonostante la sua codificazione si rinvia a A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 217; P. CARPENTIERI, *Azione di adempimento e discrezionalità tecnica (alla luce del codice del processo amministrativo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 385; L. FERRARA, *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna in facere*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 617; A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, 2012; ID, *Azione di adempimento, disponibilità della situazione giuridica e onere della prova*, in *Foro amm. - Tar*, 2011, 2959; I. PAGNI, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Giustamm.it*, 2012. Sul dibattito esistente prima della sua codificazione, in ordine alla praticabilità della stessa pur in assenza di una previsione normativa si veda F. MERUSI, *Verso un'azione di adempimento?*, in *Scritti in onore di Giovanni Miele*, Milano, 1979, 337; F. SAITTA, *Ancora sulla condanna dell'amministrazione ad adottare il provvedimento richiesto dal ricorrente: un'azione di adempimento che c'è, ma non si vede?*, in *Giur. it.*, 2012, 2673; C. VOLPE, *La reintegrazione in forma specifica*, in www.giustizia-amministrativa.it, 7; F. TRIMARCHI BANFI, *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Torino, 2000, 40; D. DE PRETIS, *L'azione e i poteri del giudice*, in AA.VV., *La tutela dell'interesse al provvedimento*, Trento, 2001, 29; D. VAIANO, *La pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Milano, 2002, 644. In giurisprudenza la questione sull'ammissibilità dell'azione di adempimento è stata al centro di un ampio dibattito che ha portato per la prima volta alla remissione della questione all'Adunanza plenaria con l'ordinanza Cons. Stato, ord. 21 maggio, 2004, n. 3355. L'Adunanza Plenaria era già pervenuta prima dell'intervento del legislatore a ritenere ammissibile tale azione nonostante l'assenza di un fondamento normativo ricavandola da indici presenti nel sistema, Cons. Stato, Adunanza Plenaria, 23 marzo 2011, n. 3 in www.giustizia-amministrativa.it; in senso conforme già Cons. Stato, Adunanza Plenaria, 29 luglio 2011, n. 15; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 8 giugno 2011, n. 1428; T.A.R. Puglia, Bari, sez. III, 25 novembre 2011, n. 1807; T.A.R. Veneto, Venezia, sez. II, 14 febbraio 2012, n. 234; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 4 settembre 2012, n. 2220; T.A.R. Piemonte, Torino, 7 novembre 2012, n. 1159; Cons. Stato, sez. V, 27 novembre 2012, n. 6002; T.A.R. Lazio, Roma, sez. IIIB, 3 dicembre 2012, n. 10081, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁷ Ai fini della sua ammissibilità, il legislatore esige, infatti, che l'azione di adempimento sia esperita non in via autonoma ma sempre contestualmente ad altra azione proposta in via principale, che può consistere o in quella di annullamento del provvedimento negativo o quella contro il silenzio. Ciò comporta che l'azione di adempimento risenta del regime processuale delle azioni principali in dipendenza delle quali è proposta ed è quindi destinata a subirne le sorti. Allo stesso tempo, la sua esperibilità è consentita solo a fronte di attività vincolata dell'amministrazione o di discrezionalità "consumata", rispetto alla quale cioè non residuino margini ulteriori di esercizio della discrezionalità e non siano necessari adempimenti istruttori ulteriori.

⁸ La resistenza ad ammettere nel sistema di giustizia amministrativa la generale praticabilità di una tutela meramente dichiarativa va ricondotta, non solo alla difficoltà ad abbandonare la classica

caso dell'azione avverso il silenzio inadempiuto, ove strumentale al solo accertamento dell'illegittimità dell'inerzia serbata dall'amministrazione a fronte dell'istanza del privato, e dell'azione per la declaratoria della nullità degli atti amministrativi ai sensi degli articoli 21-*septies* della l. n. 241/90 e 31, comma 4 del c.p.a. che ne detta il relativo regime processuale⁹.

struttura impugnatoria del processo amministrativo, quanto soprattutto alla preoccupazione che attraverso l'introduzione di questa tecnica di tutela ulteriore si finisca con il consentire l'aggiramento del termine decadenziale di contestazione della legittimità del provvedimento amministrativo. Sull'esperibilità dell'azione di mero accertamento nel processo amministrativo a prescindere da un'espressa codificazione in via generale della stessa e sulla possibilità per il giudice amministrativo di pronunciare sentenze meramente dichiarative si veda E. GUICCIARDI, *Sentenze dichiarative del giudice amministrativo?*, in *Giur. it.*, 1951, ora in *Studi di Giustizia amministrativa*, Torino, 1967, 346; B. SASSANI, *Riflessioni sull'azione di nullità*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 269; B. TONOLETTI, *Mero accertamento e processo amministrativo: analisi di casi concreti*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 593; A. DE SIANO, *Contributo sul tema della nullità dell'atto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 269; G. GRECO, *Per un giudizio di accertamento compatibile con la mentalità del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 481; C. FELIZIANI, *L'azione di mero accertamento nel processo amministrativo. Tra lacune legislative e istanze di tutela*, in www.giustamm.it, 18 gennaio 2013. In giurisprudenza, favorevoli all'ammissibilità in via generale dell'azione di mero accertamento, si veda Cons. Stato, Adunanza Plenaria, 23 marzo 2011, n. 15, in *Urb. e App.*, 1/2012 con nota di F. CARINGELLA, *Il sistema della tutela dell'interesse legittimo alla luce del codice e del decreto correttivo*, in *Urb. e App.*, 17; Cons. Stato, sez. VI, 9 febbraio 2009, n. 717, in *Giur. It.*, 2009, 7, 1812 e in *Giorn. Dir. Amm.* 2009, 1079; T.A.R. Puglia, Bari, sez. III, 11 febbraio 2010, n. 424, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. VI, 15 aprile 2010, n. 2139, in *Giornale Dir. Amm.*, 2010, 6, 624 con nota di F. CARINGELLA; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 19 gennaio 2011, n. 472, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Puglia, Bari, sez. III, 25 novembre 2011, n. 1807, in *Urb. e app.*, 2012, 4, 468; Cons. Stato, sez. V, 30 gennaio 2012, n. 472, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. VI, 13 settembre 2012, n. 4863, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. V, 27 novembre 2012, n. 6002, cit. In particolare l'esperibilità di tale azione, pur in assenza di una previsione normativa che l'autorizzi, viene giustificata in primo luogo con il principio generale per cui il *petitum* di accertamento è ricompreso necessariamente in quello di annullamento. Inoltre si ritiene che l'azione di accertamento sia implicitamente ammessa dall'art. 34, comma 2, del codice del processo amministrativo nella parte in cui vieta al giudice amministrativo di pronunciarsi su poteri amministrativi non ancora pronunciati. Si ritiene che tale divieto non possa che operare per l'azione di accertamento, per sua natura caratterizzata da tale rischio di indebita ingerenza, visto che le altre azioni tipizzate dal codice sono per definizione dirette a contestare l'intervenuto esercizio o l'omesso esercizio del potere amministrativo. Altro indice della generale esperibilità di un'azione di mero accertamento è poi ravvisata nel terzo comma dell'art. 34 c.p.a. ove si dispone che, se nel corso del giudizio viene meno l'utilità all'annullamento del provvedimento, ma permane l'interesse risarcitorio, il giudice può accertare l'illegittimità dello stesso. Contrarie alla riconoscibilità dell'azione di accertamento come rimedio generale: T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 13 luglio 2011, n. 1292, T.A.R. Puglia, Bari, sez. II, 1 marzo 2012, n. 460, T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 14 marzo 2012, n. 559, Cons. Stato Sez. V Sentenza, 16 gennaio 2013, n. 231, reperibili in www.giustizia-amministrativa.it.

⁹ Com'è noto, diversamente dalla categoria civilistica della nullità, le nullità degli atti amministrativi sono rilevabili in via d'azione nel termine decadenziale di centottanta giorni, salvo che nell'ipotesi di deduzione della nullità dell'atto per elusione o violazione del giudicato che resta assoggettato al termine previsto per il giudizio di ottemperanza, mentre solo in via d'eccezione sono imprescrittibili. Inoltre la relativa azione può essere esperita solo dal soggetto legittimato a farla valere e non da chiunque vi abbia interesse. La *ratio* del diverso regime cui sono assoggettate le due categorie di nullità va ravvista nell'esigenza di assicurare una maggiore certezza nelle situazioni giuridiche a fronte di atti amministrativi che non rappresentano mera espressione di autonomia negoziale e non sono destinati a regolare relazioni interindividuali ma a soddisfare un interesse pubblico e generale e

Superando la tesi della pregiudizialità pura di stampo processuale, il codice è inoltre intervenuto, come è noto, a riconoscere l'esperibilità di un'azione risarcitoria autonoma rispetto alla previa proposizione dell'azione di annullamento che, oggi, non è dunque più considerata condizione di ammissibilità della domanda tesa a ottenere il risarcimento dei danni da provvedimento illegittimo¹⁰. Si tratta, ad ogni modo, di un'autonomia temperata, restando l'azione assoggettata a un termine decadenziale breve di centoventi giorni - che non trova riscontri nella disciplina civilistica in materia di risarcimento dei danni - oltre che ad un limite sostanziale in sede di quantificazione del danno¹¹.

In definitiva, la codificazione accanto all'azione di annullamento di altre azioni esperibili nell'ambito del processo amministrativo pur senza averne messo in discussione il ruolo primario ne ha, tuttavia, escluso la posizione esclusiva e necessaria dal momento che, allo stato attuale, la tecnica demolitoria non esaurisce più i contenuti di tutela nel giudizio di cognizione, ma ad essa si affiancano numerosi altri strumenti idonei a garantire una più efficace protezione degli interessi legittimi, specie di quelli pretensivi per i quali il tradizionale rimedio caducatorio aveva dimostrato la propria insufficienza¹².

quindi a coinvolgere situazioni giuridiche di più destinatari. A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit. 207.

¹⁰ Sull'azione di condanna si rinvia a A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit. 211; R. CHIEPPA, *Il processo amministrativo dopo il correttivo al codice*, Milano, 2012, 216.

¹¹ La disposizione contenuta nell'art. 30 comma 3 c.p.a. per come formulata rappresenta il frutto di un'evidente compromesso tra le opposte posizioni favorevoli e contrarie al riconoscimento di una pregiudizialità pura di stampo processuale e una pregiudizialità di carattere sostanziale, come parrebbe essere quella sposata dal codice che, da un lato, ammette la proponibilità in via autonoma dell'azione risarcitoria, affrancandola dal previo esperimento dell'azione di annullamento del provvedimento lesivo nell'ordinario termine di sessanta giorni, ma dall'altro l'assoggetta comunque ad un termine decadenziale piuttosto che prescrizione e fa rientrare come indice di quantificazione del danno da liquidare il mancato esperimento di azioni volte ad ottenere l'annullamento del provvedimento. Sotto questi aspetti la disposizione è stata censurata dinanzi la Consulta per dubbi di costituzionalità che pone anche sotto il profilo della evidente disparità di trattamento atteso che l'azione risarcitoria volta al ristoro dei danni sofferti da diritti soggettivi resta assoggettata all'ordinario termine di prescrizione. Finora tali dubbi non sono stati mai affrontati nel merito dalla Corte. Si rimanda sul punto a Corte Cost., 12 dicembre 2012, n. 280 in www.cortecostituzionale.it.

¹² Sulla persistenza del carattere di centralità dell'azione di annullamento anche dopo l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo M. CLARICH, *L'azione di annullamento (commento all'art. 29)*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2010; E. FOLLIERI, *Le azioni costitutive*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, cit., 188; ID, *Considerazioni sul nuovo processo amministrativo*, in www.giustamm.it.

Nonostante l'entrata in vigore del codice abbia confermato l'opzione verso un sistema aperto di tutela giurisdizionale nell'ambito del sistema della giustizia amministrativa, resta però fermo il carattere tipico dell'azione di annullamento.

La tipicità di detta azione si estrinseca nella predeterminazione dei termini di esperibilità, delle modalità procedurali, dei vizi-motivi deducibili attraverso la sua proposizione, oltre che dei provvedimenti giurisdizionali che conseguono al suo accoglimento e, infine, nella preventiva indicazione da parte del legislatore degli effetti che scaturiscono dal suo accoglimento, almeno nel loro contenuto minimo demolitorio che oggi è espressamente codificato nell'art. 34, comma 1, lettera a) del codice nella parte in cui stabilisce che “in caso di accoglimento del ricorso il giudice annulla in tutto o in parte il provvedimento impugnato”.

Oltre a essere un connotato costituzionalmente necessitato, alla luce di quanto disposto dall'articolo 113 comma 3 della Costituzione che pone una riserva di legge in ordine alla individuazione degli organi giurisdizionali legittimati ad annullare gli atti della pubblica amministrazione “nei casi e con gli effetti previsti per legge”, la tipicità dell'azione di annullamento è il diretto precipitato della natura costitutiva della stessa, ai sensi dell'articolo 2908 c.c.

L'azione di annullamento mira, infatti, ad ottenere, previo accertamento dell'illegittimità dell'atto impugnato, una pronuncia che distrugga o modifichi la situazione di fatto e di diritto unilateralmente e autoritativamente creata con l'atto stesso. Attraverso la sua proposizione, infatti, il ricorrente non aspira alla realizzazione di un mero risultato di accertamento dell'illegittimità del provvedimento lesivo impugnato quanto piuttosto alla sua rimozione dell'ordinamento giuridico e, per l'effetto, all'elisione di tutti gli effetti giuridici prodotti dall'attività illegittimità dell'amministrazione realizzati attraverso l'adozione del provvedimento¹³.

¹³ A favore della natura costitutiva della sentenza di annullamento G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, vol. II., *La giustizia amministrativa*, Milano, 1958, 320; E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1942, 218; E. CASETTA, *Osservazioni sull'ammissibilità di decisioni di mero accertamento da parte del giudice amministrativo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1953, 149; F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1960, 738.

Nonostante le modifiche intervenute anche sul tipo di sindacato che il giudice di legittimità è chiamato a effettuare in sede di impugnazione dell'atto¹⁴, l'azione di annullamento conserva il proprio carattere costitutivo in quanto azione tesa a una pronuncia eliminativa dell'atto amministrativo illegittimo con effetti di modificazione della situazione giuridica precedente¹⁵.

Nell'ambito del processo civile, la scelta del legislatore ordinario di rendere tipica la tutela costitutiva deriva dall'attitudine di tali pronunce a determinare un'ingerenza nella sfera dell'autonomia negoziale privata, comportando una sostituzione del giudice nella produzione di un effetto giuridico che l'ordinamento riconnette a una manifestazione di volontà dei singoli, in adempimento di un'obbligazione precedentemente assunta¹⁶.

¹⁴ Le modifiche intervenute non hanno inciso sulla natura costitutiva dell'azione di annullamento ma sulla tipologia di sindacato esercitabile dal giudice amministrativo in sede di giudizio di legittimità spostandolo dalla verifica del corretto esercizio della funzione all'analisi del sottostante rapporto sostanziale tra le parti. Sul tema della qualificazione del giudizio amministrativo di legittimità in termini di giudizio sull'atto o sul rapporto sottostante la letteratura è vastissima. Si citano a titolo meramente indicativo alcuni scritti più significativi: A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, 1962; E. GUICCIARDI, *Sentenze dichiarative del giudice amministrativo?*, in *Studi di giustizia amministrativa*, Torino, 1967, 346; G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980; G. ABBAMONTE, *Sentenze di accertamento ed oggetto del giudizio amministrativo di legittimità e di ottemperanza*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, 1988; P. STELLA RICHTER, *Per l'introduzione dell'azione di mero accertamento nel giudizio amministrativo*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Vol. III, Milano, 1988, 583; più di recente C. FRANCHINI, *Giustizia e pienezza della tutela nei confronti della pubblica amministrazione*, in *www.giustamm.it*, n. 6/2009.

¹⁵ Sulla tipicità dell'azione di annullamento si veda V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione amministrativa e pluralità di azioni (dalla Costituzione al codice del processo amministrativo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 437.

¹⁶ Occorre distinguere le azioni costitutive c.d. non necessarie da quelle necessarie. Solo le prime hanno origine in una crisi di cooperazione tra le parti di un rapporto negoziale per effetto dell'inadempimento ad un'obbligazione precedentemente assunta, rendendo quindi necessario ai fini della produzione dell'effetto giuridico e della costituzione del rapporto un intervento "surrogatorio" del giudice che, sostituendosi alla mancata dichiarazione di volontà della parte inadempiente alla quale si è tenuti in virtù di un vicolo precedentemente assunto, produce i medesimi effetti che sarebbero derivati ove tale obbligo di *facere* fosse stato correttamente adempiuto, per effetto della manifestazione di volontà del giudice. E' il classico esempio della sentenza ex art. 2932 c.c. con la quale si producono i medesimi effetti di un contratto non concluso; del riconoscimento della paternità o maternità naturale ex art. 269 c.c.; della costituzione di una servitù ex art. 1031 c.c. Diversamente le azioni costitutive necessarie sono strumentali al conseguimento di una modificazione giuridica che non potrebbe essere conseguita attraverso l'esercizio dell'autonomia privata ma solo attraverso la necessaria intermediazione di un provvedimento giurisdizionale che accerti preventivamente i presupposti di fatto e di diritto ai quali la legge subordina il prodursi di un determinato effetto giuridico: è il caso della sentenza in materia di annullamento del matrimonio o divorzio, o di disconoscimento della paternità ex art. 244 c.c. Per un'analisi delle due categorie di azioni costitutive e per la natura tipica delle stesse si rinvia a A. PROTO PISANI, *Appunti preliminari su rapporti tra diritto sostanziale e processo*, in *Diritto e giurisprudenza*, 1978, 16 e 23; ID, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, 86 ss.; ID, *Note sulla tutela civile dei diritti*, in *Foro it.* 170; G. VERDE, *Profili del processo civile-Parte generale*, Napoli, 2002, B. SASSANI, *Dal controllo del potere*

Analogamente, nel processo amministrativo la tipicità dell'azione di annullamento, quale azione costitutiva, trova giustificazione nell'esigenza di salvaguardare la sfera del potere attribuito alla pubblica amministrazione. Attraverso la pronuncia di annullamento, infatti, si opera una sostituzione della volontà dell'amministrazione che ha emanato il provvedimento modificativo della sfera giuridica soggettiva del destinatario con la volontà del giudice che, con una sentenza costitutiva di segno opposto e contrario, rimuove con efficacia *ex tunc* gli effetti giuridici prodotti dal provvedimento, ripristinando per l'effetto lo *status quo ante* l'adozione dello stesso¹⁷. Si tratterebbe, nello specifico, di un'azione costitutiva c.d. non necessaria, atteso che l'effetto tipico prodotto di rimozione retroattiva dell'atto può essere ottenuto, non esclusivamente per effetto dell'intermediazione di una pronuncia dell'autorità giudiziaria, ma anche a seguito dell'esercizio dei poteri di autotutela da parte della stessa amministrazione¹⁸.

Nonostante l'azione di annullamento condivida con quella civilistica la natura di sentenza costitutiva, sono diversi i profili che valgono a differenziare le due tipologie di azioni. Nel processo civile, infatti, la pronuncia di una sentenza costitutiva crea, modifica o rimuove una situazione giuridica, dettando in modo definitivo ed esaustivo la disciplina del nuovo rapporto costituito, di modo tale che l'attore vittorioso ottiene dal positivo esperimento di tale azione esattamente l'utilità sostanziale cui ambiva attraverso il suo esperimento. In quest'ottica, può dirsi che le azioni costitutive civilistiche hanno un'efficacia pienamente soddisfattiva per l'attore¹⁹.

all'attuazione del rapporto - Ottemperanza amministrativa e tutela civile esecutiva, Milano, 1997, 62. In senso critico rispetto alla natura eccezionale della tutela costitutiva e per la tesi secondo cui il carattere tipico della stessa andrebbe sottoposto a revisione A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 337. Sulla tutela costitutiva nel processo civile si rinvia a A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva (e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali)*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, 60; C. FERRI, *Costitutiva (azione)*, in *Enc. giur.*, vol. X, Roma, 1988, 4; ID, *Profili dell'accertamento costitutivo*, Padova, 1970, 71.

¹⁷ M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 3/2005, 592. L'azione di annullamento del provvedimento amministrativo illegittimo rientrerebbe secondo l'Autore nella categoria delle azioni costitutive non necessarie in quanto il mutamento giuridico preteso attraverso il suo esperimento può essere operato non soltanto dal giudice ma anche dalla stessa pubblica amministrazione che ha dato origine all'illegittimità, attraverso l'esercizio dei propri poteri di autotutela.

¹⁸ Questa peculiarità ha indotto parte della dottrina a dubitare della stessa riconducibilità dell'azione nell'alveo di quelle propriamente costitutive o costitutive in senso stretto, in tal senso A. GLEJESSES, *Per una teoria dell'azione processuale amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1961, 761; in senso contrario M. FORNACIARI, *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato*, Torino, 1999, 128.

¹⁹ Si pensi alla classica ipotesi della sentenza di adempimento in forma specifica *ex art. 2932 c.c.* per effetto della quale, surrogandosi alla volontà della parte contrattuale inadempiente all'obbligazione di

Lo stesso non avviene generalmente nel caso della sentenza di annullamento di un atto amministrativo illegittimo. In questo caso, infatti, la pronuncia giurisdizionale non è sempre in grado di ristorare pienamente la lesione arrecata al ricorrente dall'azione amministrativa illegittima, conferendogli in modo stabile il bene della vita cui aspirava, ma la stessa può tuttalpiù concorrere con la successiva azione amministrativa a definire il contenuto del rapporto, senza dettare in modo esaustivo una disciplina sostitutiva dello stesso. In altri termini, la sentenza di annullamento nel sistema di giustizia amministrativa si connota per l'incompletezza dell'accertamento costitutivo del giudice amministrativo, quante volte ci si trovi di fronte a provvedimenti di natura discrezionale²⁰.

Anche sotto quest'ulteriore profilo, tuttavia, il codice del processo amministrativo, recependo le spinte evolutive della dottrina e della giurisprudenza, si è mosso nella direzione di implementare i contenuti e la portata precettiva della sentenza di annullamento, nell'ottica di garantire una maggiore effettività della tutela. Va senza dubbio in questa direzione la disposizione dettata dall'art. 34 comma 1, lett. e) che autorizza un'anticipazione alla fase cognitoria di quanto tradizionalmente avviene in quella di ottemperanza, stabilendo che la sentenza con cui si dispone l'annullamento dell'atto illegittimo può contestualmente indicare all'amministrazione le conseguenze che derivano dal giudicato senza dover attendere, a tal fine, la riedizione del potere²¹; oltre che la stessa introduzione dell'azione di condanna atipica o di adempimento con funzione complementare rispetto a quella di annullamento.

Non vi è dubbio, quindi, che l'azione di annullamento, pur codificata senza sostanziali modificazioni dal legislatore del codice del processo amministrativo, si inserisce oggi in un contesto del tutto rinnovato rispetto a quello originario, avendo perduto la sua posizione di primazia nel sistema di tutela e il proprio ruolo centrale

prestazione del consenso alla stipulazione del contratto definitivo, la sentenza tiene luogo del contratto non concluso e produce tra le parti i medesimi effetti che un contratto definitivo avrebbe realizzato, regolando i rapporti tra le parti contrattuali.

²⁰ A. POLICE, *Annulabilità e annullamento*, in *Enc. dir., Annali*, I, Milano, 2007, 70; C. FRANCHINI, *Giustizia e pienezza della tutela nei confronti della pubblica amministrazione*, in www.giustamm.it, 6/2009; R. DIPACE, *L'annullamento tra tradizione e innovazione: la problematica flessibilità dei poteri del giudice amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 4/2012, 1338.

²¹ Sulla portata di tale disposizione si veda L. TORCHIA, *Le nuove pronunce nel codice del processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 1319.

ed essendo stata affiancata da una serie di rimedi concorrenti e ulteriori più soddisfattivi dell'interesse sostanziale del privato.

Ciò di cui si discute, tuttavia, è se tale evoluzione possa spingersi fino al punto di ritenere superata anche la natura costitutiva della pronuncia di annullamento (e la tipicità dei suoi effetti), legittimando il giudice a modularli in ragione del tipo di tutela da offrire e della specificità della fattispecie esaminata, dissociando l'accertamento dell'illegittimità dell'atto dall'effetto demolitorio ad esso naturalmente riconnesso.

In altri termini, occorre domandarsi se la circostanza che il nostro sistema stia procedendo nella direzione della diversificazione delle forme di tutela giurisdizionale, valorizzando l'atipicità dei rimedi esperibili in vista della migliore e la più effettiva tutela della posizione sostanziale del ricorrente, possa giustificare l'alterazione dei caratteri tipici di quelle azioni puntualmente codificate dal legislatore, prima fra tutte quella di annullamento²².

2.1 Il superamento del tradizionale binomio illegittimità-annullabilità. Indici normativi a confronto.

Per rispondere al quesito che ci si è posti occorre osservare come il descritto fenomeno di “decentralizzazione” dell'azione di annullamento nell'ambito del sistema di tutela giurisdizionale amministrativa si sia accompagnato a un altro significativo processo di progressiva dissociazione della illegittimità dalla annullabilità.

Tradizionalmente, infatti, l'illegittimità-annullabilità dell'atto amministrativo ha sempre rappresentato un binomio inscindibile, in quanto l'illegittimità è stata da sempre considerata come lo stato caratterizzante l'atto difforme dallo schema

²² Del tutto sfavorevoli a tale possibilità R. DIPACE, *L'annullamento tra tradizione e innovazione: la problematica flessibilità dei poteri del giudice amministrativo*, cit., 1362 il quale evidenzia come “la possibilità che il giudice pronunci sentenze che siano flessibili e duttili per la tutela del privato non consente di affermare che il contenuto tipizzato dell'azione di annullamento possa essere differente da quello che le norme ci consegnano”; A. TRAVI, *Accoglimento dell'impugnazione di un provvedimento e “non annullamento” dell'atto illegittimo*, cit., 937 secondo il quale nel nostro ordinamento l'azione di annullamento ha un contenuto tipico che si esprime proprio nella circostanza che gli effetti dell'accoglimento della domanda sono quelli previsti dalla legge.

normativo di riferimento, e l'annullamento come la conseguente reazione necessitata dell'ordinamento al suo accertamento.

In altri termini se, come si è detto, l'azione di annullamento ha sempre rappresentato lo strumento per contestare l'illegittimità del provvedimento, la sua natura costitutiva di azione tesa a operare una modificazione della realtà attraverso la demolizione dell'atto illegittimo e la rimozione *ex tunc* di tutti i suoi effetti, ha fatto sì che la sua eliminazione attraverso la pronuncia di annullamento sia sempre stata considerata l'imprescindibile conseguenza dell'accertamento dell'invalidità.

Cionostante numerosi indici normativi introdotti nel sistema sembrano oggi contraddire questo binomio, inaugurando un'innovativa tendenza a non considerare l'annullamento come necessario e offrendo per tale via al giudice amministrativo un supporto per fondare il proprio potere di modulazione temporale, spingendolo fino al punto di pronunciare un annullamento senza effetti caducatori e limitato a produrre quelli conformativi.

L'analisi delle singole fattispecie in cui la dissociazione di tale binomio si realizza può essere utile a comprendere le ragioni del fenomeno e a interrogarsi sulla natura eccezionale e derogatoria delle disposizioni o, al contrario, sulla possibilità di ravvisare nelle stesse esempi di applicazione di un principio di carattere generale estendibile anche a ipotesi non espressamente codificate, ma che sottintendano le medesime esigenze.

2.2 L'art. 21-octies comma 2 L. 241/90. La non annullabilità del provvedimento amministrativo affetto da vizi formali e procedurali.

Una delle disposizioni normative principali espressive del descritto fenomeno di dissociazione tra accertamento dell'illegittimità del provvedimento e conseguente annullamento dello stesso è rappresentata dall'art. 21-*octies* della legge n. 241/90.

La legge n. 15/2005, apportando significative riforme all'impianto originario della legge sul procedimento amministrativo, ha introdotto, come noto, l'intero capo IV *bis* in tema di "*Efficacia ed invalidità del provvedimento amministrativo, revoca*

e recesso”²³. Dopo aver ribadito che è annullabile il provvedimento amministrativo affetto dal vizio di incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere, il secondo comma del neo introdotto art. 21-*octies*, recependo un consolidato orientamento giurisprudenziale, interviene a delimitare l'ambito di operatività dell'annullabilità del provvedimento per violazione di legge, introducendo due significative eccezioni²⁴.

Il provvedimento non può essere annullato quando lo stesso è stato adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, attesa la sua natura vincolata, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato; ovvero, quando nel caso di mancata comunicazione dell'avvio del procedimento, a prescindere dalla natura discrezionale o vincolata dell'attività esercitata, l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso.

La norma e i principi di cui la stessa è espressione non rappresentano un *unicum* nel panorama europeo ma trovano riscontro in numerose altre esperienze di ordinamenti interni di Stati membro, sia pur con forme e conseguenze parzialmente difformi²⁵.

²³ Tra gli studi di carattere generale sull'istituto meritano di essere richiamati quelli di D.U. GALETTA, *Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento*, Milano, 2003; F. LUCIANI, *Il vizio formale nella teoria dell'invalidità amministrativa*, Torino, 2003; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio – Formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità utile*, Torino, 2006.

²⁴ La norma, come molte altre introdotte nell'originario testo della L. n. 241/90 ad opera della L. n. 15/2005, ha in realtà recepito e positivizzato un già consolidato orientamento giurisprudenziale che da tempo aveva riconosciuto la categoria delle “violazioni formali” ispirate alla finalità di privilegiare il risultato rispetto alla forma dell'attività amministrativa, in presenza di quegli scostamenti minimali ed innocui dal paradigma normativo di riferimento dell'atto. Era il caso della omessa indicazione del responsabile del procedimento o della omessa indicazione dei termini e dell'autorità cui ricorrere, a fronte della quale si riteneva al più sussistente un'ipotesi di remissione in termini del ricorrente per scusabilità dell'errore. Si veda, sul punto, TAR Lazio, sez. I-bis, 3 novembre 2009, n. 10742 in *www.giustizia-amministrativa.it*, Cons. St., Ad. Plen., 14 febbraio 2001, n.1 in *Urb. e App.*, 2001, 521. Ad analoghe conclusioni erano giunti i giudici amministrativi anche con riferimento al vizio generato dalla omissione della comunicazione dell'avvio del procedimento ritenuto inidoneo a generare l'annullabilità dell'atto nei casi in cui il privato avesse ricevuto *aliunde* notizia del procedimento di fatto partecipandovi, o nei casi di avvio su istanza di parte, o nei casi di procedimenti preordinati all'adozione di atti vincolati. In tal senso Cons. St., sez. VI, 22 ottobre 2002, n. 5799, in *Cons. St.*, 2002, I, 2300; Cons. St., sez. V, 22 maggio 2001, n. 2823, in *Cons. St.*, 2001, I, 1186.

²⁵ L'ordinamento francese, ad esempio, non conosce a livello normativo una disposizione analoga all'art. 21-*octies* della nostra legge sull'azione amministrativa ma il contenuto sostanziale della norma è riprodotto da una tecnica neutralizzante di cui il giudice amministrativo francese si è dotato in via pretoria. Si tratta della *théorie des formalités non substantiels ou accessoires* oggetto di analisi nel successivo capitolo II par. n. 3.3, al quale si rinvia. Nell'ordinamento tedesco gli articoli 45 e 46 della legge sull'azione amministrativa del 1976 dettano una particolare disciplina del trattamento dei vizi formali e procedurali, molto più ampia ed analitica di quella prescritta dal nostro art. 21-*octies*. L'art. 44 pone la regola della possibilità per l'Amministrazione di sanare alcune tipologie di vizi

Le implicazioni della disposizione sono molto discusse, tanto da aver condotto una parte della dottrina a dubitare della sua stessa legittimità costituzionale,

formali e procedurali, i quali pertanto, in conseguenza alla sanatoria operata, diventano irrilevanti e precludono l'annullabilità dell'atto. Già si nota una prima differenza con il regime dell'art. 21-*octies*. Nell'ordinamento tedesco affinché il vizio formale o procedimentale venga neutralizzato è necessario che l'Amministrazione si attivi per sanarlo, cosa che invece non accade nel nostro ordinamento, dove la mera qualificazione del vizio come formale preclude al giudice di pronunciare l'annullamento dell'atto a prescindere da qualsiasi intervento in sanatoria da parte della p.a. L'art. 44 della legge sull'azione amministrativa tedesca detta poi un elenco - della cui tassatività si discute - dei vizi formali e procedurali tra cui, ad esempio, sono annoverate anche violazioni di una certa rilevanza, quali la mancanza della necessaria motivazione nonché l'omessa audizione delle parti. Laddove nel nostro ordinamento l'individuazione di quali vizi possano intendersi come meramente formali è da sempre rimessa all'opera interpretativa della giurisprudenza. Inoltre, il citato art. 44 prescrive l'*iter* procedimentale da seguire per la rilevazione e conseguente sanatoria di tali vizi strumentale alla neutralizzazione della loro efficacia invalidante. In primo luogo è previsto che l'Amministrazione possa operare la sanatoria entro la conclusione del procedimento giurisdizionale. Il giudice, tuttavia, può con ordinanza imporre un termine entro il quale debba essere compiuta la sanatoria, per far fronte all'inerzia dell'ufficio. Infine, l'art. 46 precisa che l'annullabilità di un atto amministrativo lesivo di una disposizione sul procedimento sulla forma e sulla competenza territoriale è esclusa "*ove risulti in maniera palese che la violazione non abbia influito sul contenuto della decisione*" con una conseguente estensione dell'originario campo di operatività dell'istituto originariamente limitato ai casi in cui non esisteva a fronte dell'atto già adottato alcuna alternativa decisionale possibile. Per un'analisi più approfondita di tali norme si rinvia a G. CHINÈ, *L'art. 21-*octies*, comma 2, l. 241/1990 nel diritto vivente*, in www.giustizia.amministrativa.it, aprile 2008; F. LACAVA, *L'invalidità del provvedimento amministrativo dopo la legge 15/2005: nullità e annullabilità*, in www.amministrazioneincammino.it, aprile 2006; D. PONTE, *Art. 21-*octies**, in *Commentario alla legge sul procedimento amministrativo*, S. COGLIANI (a cura di), Milano, 2007, 841; D.U. GALETTA, *Il procedimento amministrativo in Germania, fra previsioni in tema di partecipazione dei soggetti coinvolti e misure di accelerazione della sequenza procedimentale*, in *Il procedimento amministrativo fra semplificazione e partecipazione. Modelli europei a confronto*, Milano, 2000, 74. Allo stesso modo, il legislatore spagnolo riprende all'art. 63.2 della legge sul procedimento amministrativo del 1992 la distinzione tra vizi sostanziali e vizi di mera forma o della sequenza procedimentale ricollegando solo ai primi un effetto invalidante, mentre riconduce gli altri tra le irregolarità non invalidanti salvo che non privino l'atto dei requisiti essenziali alla produzione degli effetti. La teoria dei vizi formali è poi ripresa dallo stesso diritto comunitario. L'art. 263 TFUE stabilisce, infatti, che "*La Corte è competente a pronunciarsi sui ricorsi per incompetenza, violazione delle forme sostanziali, violazione dei trattati o di qualsiasi regola di diritto relativa alla sua applicazione, ovvero per sviamento di potere*". Il riferimento alla natura sostanziale del vizio è quindi considerato dal diritto europeo come condizione imprescindibile per ritenere invalidante la violazione di un regola. Se si esamina la casistica giurisprudenziale comunitaria in materia di "*violazione di forme sostanziali*", si nota come il controllo del giudice europeo sulla violazione delle regole procedurali è molto rigoroso, sussistendo il principio per cui il formalismo che presiede all'adozione di atti delle istituzioni comunitarie costituisce una garanzia. Sicché sono considerate sostanziali, e in quanto tali invalidanti in caso di loro violazione le norme disciplinanti le procedure di autenticazione degli atti, quelle che impongono la partecipazione dei soggetti interessati o che prevedono l'assunzione di pareri obbligatori e in generale ogni norma che prescriva un requisito di forma essenziale per la formulazione dell'atto. Vi rientrano, ad esempio, l'errata individuazione della base giuridica, ogni qual volta abbia conseguenze sulle condizioni di adozione dell'atto, la mancata consultazione di un'altra istituzione, quando ciò sia previsto dalla procedura di adozione dell'atto. Si veda CGUE, *Francia c. Commissione*, causa C-325/91, sentenza 16 giugno 1993, *Racc.*, I, 3283, punti 26 e 27. Costituisce invece vizio puramente formale inidoneo a generare l'annullabilità dell'atto l'indicazione di una diversa base giuridica che tuttavia non ha prodotto alcuna conseguenza sulle regole di adozione dell'atto, CGUE, *Commissione c. Consiglio*, causa 165/87, sentenza 27 settembre 1988, in *Racc.*, 5545; CGUE, *Roquette Frères c. Maizena*, C- 138/79 e 139/79, sentenze 29 ottobre 1980, in *Racc.*, 3333 e 3393.

in ragione di un potenziale contrasto con gli articoli 24 e 113 Cost. nella parte in cui rende i vizi di forma e procedura non pienamente tutelabili in sede giurisdizionale²⁶.

La tesi, ormai prevalente anche in giurisprudenza, ritiene, infatti, che la disposizione, sebbene inserita nella legge generale sull'azione amministrativa, operi su di un piano esclusivamente processuale ponendo, in sede giurisdizionale, un divieto all'esercizio del potere giudiziale di annullamento che impedisce al giudice di rimuovere l'atto affetto dal vizio formale o procedimentale per carenza di interesse ad agire del ricorrente²⁷. L'inidoneità del vizio ad incidere sul contenuto sostanziale

²⁶ Si esprimono in senso critico all'introduzione della norma anche per i problemi di compatibilità costituzionale e comunitaria che la stessa pone, oltre che per l'allentamento dei vincoli legali nei riguardi dell'amministrazione, per la svalutazione del valore collaborativo della partecipazione e per la riduzione di tutela che comporta A. TRAVI, *La legge n. 15/2005: verso un nuovo diritto amministrativo?*, in *Corr. giur.*, 2005, 453; F.G. SCOCA, *I vizi formali nel sistema delle invalidità dei procedimenti amministrativi*, in V. PARISIO (a cura di), *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*, Milano, 2006, 61; M. RENNA, *Obblighi procedimentali e responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2005, 573; M. RENNA, A. SPEZZATI, *Sulla natura della responsabilità della P.A. per violazione degli obblighi procedimentali e di correttezza*, in *Giur. It.*, 2012, 2664; F. SAITTA, *Art. 21 octies, comma 2, della legge n. 241 del 1990: ecco perché si finisce per "rimpiangere il passato" (Discussione con Leonardo Ferrara, atto quarto)*, in *Giustizia amministrativa*, 2008, 272; ID, *L'art. 21-octies, comma 2, della legge n. 241 del 1990 approda alla Consulta: riflessioni su un (opinabile) giudizio di (non) rilevanza* (con G. Tropea), in *Giustamm.it*, n. 2/2010, e in *Dir. proc. amm.* 2010, 566 ss.; F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21 octies, L. 241/90: quando il legislatore non può e non deve*, in *www.giustamm.it*; A. POLICE, *L'illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi c.d. formali e vizi sostanziali*, in *Dir. Amm.*, 2003, 780; D. U. GALETTA, *Le garanzie procedimentali dopo la legge 15/2005: considerazioni sulla compatibilità comunitaria dell'art. 21 octies L. 241/90, anche alla luce della previsione ex art. 41 CED*, in L. R. PERFETTI (a cura di), *Le riforme della l. 7 agosto 1990 n. 241 tra garanzie della legalità ed amministrazione di risultato*, Padova, 2008, 333; ID, *L'art. 21-octies della novellata legge sul procedimento amministrativo nelle prime applicazioni giurisprudenziali: un'interpretazione riduttiva delle garanzie procedimentali contraria alla costituzione e al diritto comunitario*, in *Riforma della l. 241/90 e processo amministrativo*, in *Foro Amm.*, Tar, 91; D. DELLA CANANEA, *The Italian administrative procedure act: progresses and problems*, 2011, in *Ius Publicum*, 15. Favorevoli all'idea contraria che l'art. 21-octies non arrechi alcun *vulnus* ai valori partecipativi né al principio di legalità e che, quindi, vada esclusa la sua illegittimità costituzionale alla luce dell'art. 113 Cost., G. SALA, *Procedimento e processo nella nuova legge 241*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 589; L. FERRARA, *I riflessi sulla tutela giurisdizionale dei principi dell'azione amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento: verso il tramonto del processo di legittimità?*, in *Dir. amm.*, 2006, 599; ID, *La partecipazione tra "illegittimità" e "illegalità". Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, in *Dir. Amm.*, 2008, 114 secondo il quale l'art. 113 Cost. non generalizza la tutela dell'annullamento ma sancisce il principio della pienezza ed effettività della tutela del cittadino contro la pubblica amministrazione che, nel caso dell'art. 21-octies, sarebbe garantita dalla praticabilità del rimedio alternativo risarcitorio.

²⁷ Il tipo di sentenza resa all'esito di un giudizio in cui il giudice amministrativo, facendo applicazione del secondo comma dell'art. 21-octies, accerta l'illegittimità ma non pronuncia l'annullamento del provvedimento impugnato è in realtà discussa. Secondo un orientamento si tratterebbe di una pronuncia di rigetto nel merito per infondatezza della domanda attorea, in tal senso F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2005, 1881; mentre per l'orientamento prevalente si tratterebbe di una pronuncia di mero rito per inammissibilità della domanda attesa la carenza di una condizione dell'azione, l'interesse ad agire, in tal senso D. U. GALETTA, *Notazioni critiche sul nuovo*

del provvedimento priverebbe, infatti, quest'ultimo di qualsiasi vantaggio per effetto della sua rimozione²⁸. Partendo da tale presupposto i sostenitori di quest'orientamento ritengono che con l'art. 21-*octies* non si sia dato luogo a un fenomeno di dequotazione dei vizi formali, in quanto l'atto resta illegittimo e il vizio da cui è affetto non si trasforma in mera irregolarità. In tal modo sarebbe evidente

art. 21-octies della Legge 241/90, in *www.giustamm.it*. Si tratterebbe ad ogni modo di una sentenza di rito atipica in quanto la sua pronuncia passa necessariamente dal preventivo accertamento del merito della questione, ovvero dell'illegittimità effettiva dell'atto impugnato sulla scorta del vizio formale denunciato. Secondo una diversa impostazione la sentenza resa in applicazione dell'art. 21-*octies* sarebbe una sentenza di rigetto e non di mero rito, perché contiene un nucleo di accertamento circoscritto all'illegittimità dell'atto impugnato, ma dettata da motivi di rito che tuttavia non andrebbero identificati nell'assenza di una condizione dell'azione quanto nell'improponibilità oggettiva della domanda. In tal senso F. VOLPE, *La non annullabilità dei provvedimenti amministrativi illegittimi*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2/2008, 391. Secondo altra tesi, pur trattandosi di una sentenza in rito, la motivazione dell'inammissibilità della domanda attorea non si fonderebbe sull'assenza di un interesse ad agire che invece esisterebbe sia nell'ipotesi in cui si facciano valere interessi oppositivi, sussistendo in tal caso l'utilità di continuare a godere del bene fino alla reiterazione dell'atto in sede di riesercizio del potere, sia nel caso di interessi pretensivi, laddove la prospettiva di sopravvenienze rende astrattamente possibile l'emanazione dell'atto favorevole. In realtà ciò che difetterebbe sarebbe la lesione dell'interesse legittimo in quanto, nel momento in cui il provvedimento è stato emanato e il destinatario si rivolge al giudice, la mancata realizzazione dell'utilità sostanziale è conforme a diritto. In tal senso L. FERRARA, *La partecipazione tra "illegittimità" e "illegalità". Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, cit. 2008, 106.

²⁸ Il Consiglio di Stato, sez. VI, 17 settembre 2006, n. 6194, in *Urb. e App.*, 2006, 12, 1482, ha affermato che l'art. 21-*octies* è "norma processuale applicabile anche ai procedimenti in corso o già definiti alla data di entrata in vigore della legge n. 15/05, in quanto, sancendo la non annullabilità del provvedimento, il legislatore ha inteso escludere la possibilità che esso (comunque illegittimo) ed i suoi effetti vengano eliminati dal giudice amministrativo, senza spingersi ad affermare che l'atto non sarebbe più qualificabile, sul piano sostanziale, come annullabile (Cons. Stato, VI, n. 2763/2006; n. 4307/2006)". Infatti, "l'art. 21-*octies* non determina alcuna degradazione di un vizio di legittimità a mera irregolarità, né integra una "fattispecie esimente" che affranca ab initio il provvedimento amministrativo dalle violazioni vizianti contemplate dall'art. 21-*octies*; mentre l'irregolarità opera ex ante e in astratto, per cui il provvedimento amministrativo affetto da vizio formale minore è un atto ab origine meramente irregolare, nel caso dell'art. 21-*octies*, comma II, la violazione continua ad integrare un vizio di legittimità, che non comporta l'annullabilità dell'atto a causa di valutazioni, attinenti al contenuto del provvedimento, effettuate ex post dal giudice, che accerta che il provvedimento non poteva essere diverso. Il provvedimento è, e resta affetto, da un vizio di legittimità. Il legislatore non ha, dunque, inteso intervenire sulla qualificazione dei vizi procedurali o formali e del vizio della violazione dell'art. 7 della legge n. 241/90, che restano tutti vizi di legittimità, ma ha voluto incidere sulle conseguenze connesse all'invalidità del provvedimento viziato nella forma o nel procedimento". La sentenza afferma inoltre che "la ragione della portata non invalidante del vizio non può essere rinvenuta nella regola del raggiungimento dello scopo" quanto in "quella del raggiungimento del risultato". Sulla base dell'art. 21-*octies*, infatti, il provvedimento non è annullabile non perché assoggettato ad un diverso regime di invalidità o irregolarità, ma perché la circostanza che il contenuto non possa essere diverso priva il ricorrente dell'interesse a coltivare un giudizio, da cui non potrebbe ricavare alcuna concreta utilità". In dottrina a favore della natura solo processuale della norma che quindi non degrada l'atto da annullabile a irregolare mentendo quindi ferma la facoltà dell'Amministrazione di procedere ad un annullamento in autotutela dell'atto G. BERGONZINI, *Art. 21-octies della legge n. 241/90 e annullamento d'ufficio dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, 2007.

per alcuni la lesione degli articoli 24 e 113 della Costituzione, risultando preclusa la giustiziabilità di talune tipologie di vizi di legittimità²⁹.

Secondo una diversa ricostruzione, rimasta tuttavia minoritaria, la norma non porrebbe alcun problema di costituzionalità in quanto la sua natura sostanziale degraderebbe i vizi formali e procedurali da vizi di illegittimità in mere irregolarità dell'atto, come tali inidonee per loro natura a determinare l'annullamento del provvedimento³⁰. La tesi sconta l'evidente limite che le irregolarità operano *ex ante*, diversamente il meccanismo introdotto dal legislatore con l'art. 21-*octies* presuppone l'esecuzione di un giudizio di equivalenza, consistente in una sorta di prova di resistenza, che necessariamente viene effettuata dal giudice *ex post* in riferimento al caso concreto sottoposto alla propria cognizione³¹. Rientra nell'ambito delle tesi sostanzialiste anche la posizione di quella parte di dottrina e giurisprudenza che

²⁹ Sulla questione, A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 108 ss. A favore della natura processuale della norma, tra gli altri, A. POLICE, *L'illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra c.d. vizi formali e vizi sostanziali*, cit., 738; F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *Art. 21-*octies*, comma 2, Annullabilità del provvedimento*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione*, (a cura di) N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO, cit.; L. FERRARA, *La partecipazione tra "illegittimità" e "illegalità". Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, cit., 2008; F. SAITTA, *Annullamento non pronunciabile o (inopportuna) preclusione all'autonoma deducibilità del vizio?*, cit., 2008; P. LAZZARA, *Contributo al dibattito sui vizi di forma del procedimento di cui all'art. 21-*octies*, l. 241/90*, cit., 190; F. VOLPE, *La non annullabilità dei provvedimenti amministrativi illegittimi*, cit., 326, secondo il quale i problemi di costituzionalità della norma non starebbero tanto nel fatto di escludere la praticabilità del rimedio dell'annullamento giurisdizionale a fronte di un atto amministrativo illegittimo, in quanto l'art. 113 Cost. non stabilisce l'inevitabilità dell'effetto caducatorio dell'annullamento, ma si limita a rimettere al legislatore la determinazione degli effetti dell'annullamento del provvedimento amministrativo, consentendo una forma di differenziazione degli stessi. La contrarietà di questa disposizione all'art. 113 Cost. andrebbe piuttosto ravvisata nella mancata previsione da parte della stessa di una forma di tutela sostitutiva a quella caducatoria esclusa.

³⁰ A favore della natura sostanziale della norma che trasformerebbe i vizi formali da vizi di illegittimità in mere irregolarità dell'atto, A. ROMANO TASSONE, *Vizi formali e vizi procedurali*, in *Giustamm.it*; G. MORBIDELLI, *Invaldità e irregolarità*, in *Annuario 2002 dell'Associazione Italiana dei professori di diritto amministrativo*, Milano, 2003, 88 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Illegittimità e annullabilità del provvedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 414; F. MIDIRI, *L'art. 21-*octies* della legge sul procedimento amministrativo è una disposizione di natura sostanziale o processuale?*, in *Foro amm.-CdS*, 2007, 261;

³¹ Neppure accettabile sembra essere la tesi secondo la quale la norma rappresenterebbe la trasposizione nel settore del diritto amministrativo del principio processualcivile della sanatoria per raggiungimento dello scopo consacrato dall'art. 156 comma 3 c.p.c. Anche in tal caso, infatti, la valutazione viene effettuata dal giudice *ex post* e in concreto, ma decisivo ai fini della non annullabilità dell'atto non è il raggiungimento della finalità cui tendeva la norma violata quanto esclusivamente la circostanza che il vizio non ha influito sulla determinazione del contenuto del provvedimento. Tra l'altro, il meccanismo di cui all'art. 21-*octies* non opera alcuna sanatoria in quanto l'atto resta illegittimo ancorché non annullabile. Favorevoli alla tesi della sanatoria F. FRACCHIA – M. OCCHIENA, *Art. 21-*octies*, comma 2, Annullabilità del provvedimento*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione*, cit.; P. LAZZARA, *Note in tema di vizi di forma e di procedimento di cui all'art. 21 *octies* l. 241/90*, in *AA.VV., Scritti in memoria di Roberto Marrama*, Napoli, 2012, 527.

ritiene come attraverso l'art. 21-*octies* il legislatore abbia inteso introdurre un meccanismo di sanatoria permanente dei vizi di natura formale destinata ad operare non in maniera automatica ma previa valutazione del giudice³².

Molteplici le funzioni che la disposizione è chiamata ad assolvere nell'ambito del procedimento amministrativo. Da un lato la norma costituisce, per alcuni, espressione del principio di effettività della tutela giurisdizionale nella misura in cui tende a garantire al privato solo annullamenti realmente soddisfattivi della propria pretesa sostanziale: tali non sono quelli che, rimosso il provvedimento, non impedirebbero all'amministrazione di riadottare, in sede di riesercizio del potere, un atto dal contenuto sostanzialmente identico a quello precedente, emendato dal precedente vizio accertato³³.

Dall'altro, la disposizione è ispirata a un criterio di economia dei mezzi processuali e dell'attività amministrativa in quanto finalizzata a evitare annullamenti che, pur non garantendo al privato il risultato cui aspirava, impegnerebbe il giudice in un'inutile attività processuale e costringerebbero l'amministrazione a duplicare il procedimento per giungere allo stesso risultato.

Alla base della disposizione commentata, infatti, vi è il superamento della tradizionale concezione dell'invalidità basata sulla c.d. "teorica della legittimità" – che in ossequio ad uno stretto principio di legalità formale configura la validità in termini di conformità/difformità dell'atto amministrativo dallo schema legale – in favore della "teorica del risultato" che, al contrario, ricostruisce l'invalidità in termini di idoneità/inidoneità dell'attività amministrativa al conseguimento di un risultato

³² A favore di questa tesi, in dottrina, G. GRASSO, *Spunti di riflessione sull'art. 21-*octies*, comma 2, l. n. 241/90*, in www.lexitalia.it che parla di una sanatoria *ope iudicis* per l'ipotesi di cui al primo alinea del secondo comma e di una sanatoria *in iure* o convalida nel secondo alinea; F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21-*octies*, l. n. 241/90: quando il legislatore non può e non deve*, cit. In giurisprudenza, a favore di questa tesi minoritaria, Tar Campania, III, n. 2075/2007; Tar Sardegna, II, n. 1386/2005, in www.giustizia-amministrativa.it.

³³ Infatti, una sentenza di annullamento per vizi formali impone soltanto all'amministrazione di eliminare il vizio dall'atto ma non la vincola in alcun modo nei contenuti. Occorre tuttavia evidenziare come non tutta la dottrina sia concorde nel ritenere che la disposizione costituisca espressione del principio di effettività della tutela e che agisca, quindi, in un'ottica sostanzialistica ponendosi come indice di soggettivizzazione della giurisdizione. Secondo una diversa prospettazione la norma andrebbe al contrario ricompresa tra le contropunte verso l'oggettivizzazione della giurisdizione amministrativa ponendosi come disposizione più favorevole alla posizione dell'amministrazione e dell'interesse pubblico perseguito piuttosto che a tutela della posizione soggettiva individuale del ricorrente che vede, invece, frustrata la propria domanda di giustizia.

utile alla soddisfazione dell'interesse pubblico cui quell'attività amministrativa è preordinata³⁴.

Ciò che qui più rileva ai fini del tema di cui ci si occupa, è che la disposizione esaminata rappresenta un evidente esempio del fenomeno di dissociazione tra accertamento dell'illegittimità del provvedimento amministrativo e sua annullabilità. Se, infatti, si aderisce alla tesi - prevalente tanto in dottrina quanto in giurisprudenza - della natura meramente processuale della norma, deve concludersi nel senso che l'atto affetto dal vizio formale è e resta illegittimo ma, ciononostante, il giudice non ne dispone l'annullamento, consentendone la permanenza nell'ordinamento giuridico anche a fronte dell'accertamento della sua illegittimità. Si rompe in tal modo quella relazione biunivoca tra illegittimità ed annullabilità, riducendo sensibilmente l'area tradizionalmente riservata a quest'ultima, da sempre coincidente con l'intero perimetro delle illegittimità provvedimentali e, soprattutto, ammettendo una pronuncia di accertamento dell'illegittimità provvedimentale a carattere non costitutivo³⁵.

Allo stesso tempo, essa si inserisce nel solco del processo di valorizzazione dell'interesse legittimo come posizione giuridica autonoma e sostanziale che non si identifica più con il mero interesse obiettivo alla legittimità dell'atto amministrativo e dell'azione amministrativa in generale ma è situazione soggettiva ontologicamente connessa a un bene della vita³⁶. La disposizione normativa costituisce, in quest'ottica, un evidente indice della trasformazione della giurisdizione generale di legittimità e del mutamento del ruolo tradizionalmente assolto dall'azione di annullamento per effetto dell'affermazione di una visione sostanzialista del processo amministrativo, che oggi sempre più si fonda su un giudizio di accertamento della spettanza e sull'esito dell'azione amministrativa³⁷. Per valutare, infatti, la natura

³⁴ A. POLICE, *L'illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra i vizi c.d. formali e vizi sostanziali*, cit., 735.

³⁵ Parla di interruzione del nesso tra invalidità ed annullabilità nel senso che la prima non è sempre condizione sufficiente per l'operatività della seconda L. FERRARA, *La partecipazione tra "illegittimità" e "illegalità". Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, cit., 103 ss, secondo il quale il provvedimento affetto dal vizio formale si qualifica come illegale ma non illegittimo.

³⁶ F. CARINGELLA, *La riforma del procedimento amministrativo*, in *Urb. e App.*, 2005, 381.

³⁷ Sull'attitudine dell'art. 21-octies a rilevare la profonda trasformazione della giurisdizione generale di legittimità e dell'azione di annullamento A. POLICE, *Riflessi processuali della disciplina generale dell'azione amministrativa*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, V. CERULLI IRELLI (a cura di), Napoli, 2006, 446.

formale del vizio e la sua concreta inidoneità ad aver inciso sul contenuto sostanziale del provvedimento impugnato, il giudice amministrativo è chiamato a svolgere un giudizio di equivalenza sulla base di una prova di resistenza che, inevitabilmente, lo porta a spingersi in valutazioni sui probabili e alternativi esiti dell'azione amministrativa ove questa si fosse correttamente contenuta nei binari stabiliti dalla legge³⁸. Tant'è che la giurisprudenza ritiene che tale giudizio di equivalenza possa essere formulato *ope iudicis* solo nel caso di provvedimento vincolato; viceversa nell'ipotesi di cui al secondo periodo - omessa comunicazione dell'avviso di avvio del procedimento - necessiterebbe di un onere di attivazione di parte, spettando all'Amministrazione che intenda evitare l'annullamento del proprio provvedimento fornire la prova che il suo contenuto non avrebbe potuto essere diverso.

Sebbene la disposizione presenti una portata apparentemente dirompente, in quanto spinta alle estreme conseguenze potrebbe giungere a legittimare la rinuncia a qualsiasi garanzia formale a favore del cittadino, la sua applicazione pratica è stata molto cauta e circoscritta sul piano operativo, rendendola una norma sostanzialmente innocua. La giurisprudenza amministrativa, infatti, è molto rigorosa nell'escludere l'annullabilità di un provvedimento illegittimo sulla base dell'art. 21-*octies*. Con riguardo alla prima parte del secondo comma esige che sia "palese" che il contenuto dei provvedimenti vincolati non poteva essere diverso, il che può accadere solo nel caso in cui il provvedimento poggi su precisi presupposti di fatto e di diritto incontrovertibilmente corrispondenti a quelli rigidamente predeterminati dalla legge o da un atto amministrativo generale o di un pregresso accordo amministrativo raggiunto con il privato ed oggettivamente incontestabili dalle parti³⁹. Per la seconda parte della norma, relativa alla violazione dell'art. 7 della legge n. 241/90, richiede una prova particolarmente rigorosa da parte dell'amministrazione ed esclude la sussistenza della stessa quando gli elementi che il privato intendeva introdurre nel procedimento e che ha indicato in giudizio non siano facilmente risolvibili se non

³⁸ Sui riflessi dell'art. 21-*octies* sulla natura della giurisdizione di legittimità di rinvia a L. FERRARA, *I riflessi sulla tutela giurisdizionale dei principi dell'azione amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento: verso il tramonto del processo di legittimità?*, in *Dir. amm.*, 1/2008.

³⁹ Cons. Stato, 4 febbraio 2004, n. 395, in *www.giustizia-amministrativa.it*; TAR Friuli – Venezia Giulia, 11 maggio 2006, n. 346.

con valutazioni di merito che appaiono precluse al giudice amministrativo⁴⁰. Inoltre, nell'individuazione del concetto di vizio formale idoneo a far scattare la previsione normativa dell'art. 21-*octies* - rispetto al quale il legislatore non fornisce alcun utile chiarimento rimettendone l'elaborazione all'opera pretoria - la giurisprudenza è sempre apparsa piuttosto cauta annoverandovi, ad esempio, la mancata indicazione del nominativo del responsabile del procedimento, l'omessa indicazione dell'organo cui proporre ricorso, l'omessa comunicazione di avvio del procedimento⁴¹.

Un ulteriore aspetto problematico che la disposizione pone, sul quale è opportuno soffermarsi atteso che il problema è suscettibile di essere riproposto anche in sede di esercizio del potere modulatorio da parte del giudice amministrativo, riguarda la possibilità di sanzionare in modo alternativo e sotto il profilo risarcitorio l'antigiuridicità della condotta dell'Amministrazione pubblica una volta che, accertata l'illegittimità dell'atto lesivo per vizi meramente formali, il giudice si astenga dal pronunciare l'annullamento a norma dell'art. 21-*octies*. In altri termini, il punto è stabilire se la rottura del nesso di consequenzialità tra illegittimità di un atto e annullabilità giurisdizionale del medesimo comporti o meno *ex se* il venir meno anche della possibilità di reagire all'illiceità della condotta amministrativa applicando una sanzione diversa dall'annullamento, in particolare quella risarcitoria.

La norma non prevede la praticabilità di sanzioni alternative rispetto all'annullamento giurisdizionale⁴². Ciononostante parte della dottrina ritiene che resti impregiudicata la sottoposizione dell'amministrazione alle norme sulla responsabilità

⁴⁰ Con. Stato, 4 febbraio 2004, n. 395, in *www.giustizia-amministrativa.it*; TAR Friuli – Venezia Giulia, 11 maggio 2006, n. 346. In tal senso si veda anche T.A.R. Puglia, Lecce, III, 9 settembre 2005, n. 4207; T.A.R. Lombardia, Milano, 22 marzo 2006 n. 1042; Cons. Stato, sez. VI, 16 maggio 2006, n. 2763; Cons. Stato, sez. VI, 7 luglio 2006, n. 4307; Cons. Stato, sez. VI, 17 ottobre 2006, n. 6194, in *Urb. e app.*, 2006, 12, 1482; Cons. Stato, sez. VI, 4 settembre 2007, n. 4614; Cons. Stato, sez. V, 17 settembre 2008, n. 4414, in *Foro It.*, 2009, 4, 3, 208; Cons. Stato, sez. VI, 2 febbraio 2009, n. 552; T.A.R. Toscana, Firenze, 10 gennaio 2013, n. 7 reperibili in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁴¹ Cons. Stato, 30 settembre 2002, n. 5003; 25 gennaio 2003, n. 344; 14 febbraio 2003, n. 811. Per una più approfondita disamina della categoria dei vizi formali non invalidanti nel procedimento amministrativo si rinvia a F.G. SCOCA, *Vizi formali e sistema delle invalidità*, in Atti del Convegno, *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*, Milano, 2004, 59 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Considerazioni in tema di sanatoria dei vizi formali*, in Atti del convegno, *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*, Milano, 2004, 101 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Vizi formali e vizi procedurali*, cit.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrative ed illegalità utile*, cit., 287.

⁴² Diversamente da quanto ad esempio accade nell'ordinamento tedesco dove, come si è visto, l'art. 45 VwVfG, pur escludendo la sanzionabilità dei vizi formali con l'annullabilità del provvedimento, impone tuttavia la sanatoria o rinnovazione degli atti assunti in violazione di norme di forma o di procedura, a cura dell'Amministrazione che è tenuta a provvedervi entro il termine del procedimento giurisdizionale amministrativo.

aquiliana per danni da provvedimento illegittimo, con conseguente facoltà per il privato che ha subito la lesione di esperire un'azione risarcitoria avvalendosi della sentenza con la quale è stata comunque accertata l'illegittimità, ancorché formale, del provvedimento precedentemente impugnato⁴³. Il punto controverso semmai riguarderebbe, in questo caso, l'individuazione dei limiti entro i quali si ritengono risarcibili i meri interessi procedurali e soprattutto la difficoltà del ricorrente nel fornire la prova dell'effettiva sussistenza di un danno subito a fronte di una mera violazione formale che non ha inciso sul contenuto sostanziale del provvedimento⁴⁴.

Secondo una diversa impostazione, invece, andrebbe esclusa anche la tutela risarcitoria per difetto della stessa antiggiuridicità della condotta dell'amministrazione, trattandosi di un danno non *contra ius* ma *secundum ius* e venendo, quindi, a mancare uno degli elementi costitutivi della tutela aquiliana. In sostanza, secondo questo diverso orientamento, ogni qual volta in forza di meccanismi predisposti dalla legge si interviene a recidere il binomio illegittimità-annullabilità e si consente per tale via al giudice di astenersi dal pronunciare l'annullamento di un atto amministrativo, ancorché ne abbia accertata l'illegittimità, viene meno per l'effetto anche l'antigiuridicità stessa del comportamento della p.a., con la conseguenza che sarebbe precluso al privato l'accesso alla tutela risarcitoria. L'assenza dell'antigiuridicità della condotta troverebbe, infatti, giustificazione nella circostanza che la non annullabilità di quell'atto rinviene la sua fonte direttamente nella legge sicché il danno sofferto dal privato non deriverebbe dal provvedimento illegittimo ma dall'impossibilità di ottenerne l'annullamento. Poiché, tuttavia, tale impossibilità è imposta dalla stessa legge il danno non sarebbe *iniuria datum*⁴⁵.

Lo stesso non accadrebbe, invece, ove il mancato annullamento di un atto illegittimo non trovasse la sua fonte in una norma di legge, ma fosse il frutto dell'esercizio autonomo del potere di modulazione temporale da parte del giudice amministrativo. In questo caso, infatti, il giudice pronuncia una sentenza che contiene l'accertamento dell'illegittimità dell'atto impugnato ma dalla quale non fa

⁴³ A. POLICE, *op. cit.* 785.

⁴⁴ In senso sfavorevole alla risarcibilità di tali interessi M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002, 415. Sulla difficoltà pratica di ritenere operante una responsabilità risarcitoria dell'Amministrazione a fronte di vizi formali si rimanda a D. PONTE, *Efficacia ed Invalidità del provvedimento amministrativo*, in A. BOTTIGLIERI, S. COGLIANI, D. PONTE, R. PROIETTI, *Commentario alla legge sul procedimento amministrativo*, Padova, 2007.

⁴⁵ F. VOLPE, *La non annullabilità di provvedimenti amministrativi illegittimi*, cit., 367.

discendere il tipico effetto caducatorio-eliminatorio e ciò non perché il vizio sia meramente formale – si è, infatti, al di fuori del campo di applicazione dell'art. 21-*octies* e del meccanismo di conversione giudiziale dell'art. 34 comma 3 c.p.a. – ma sulla scorta di una valutazione di opportunità e di ponderazione di interessi in gioco rispetto alla quale non può dirsi esclusa l'antigiuridicità della condotta dell'Amministrazione; tant'è che dalla sentenza scaturiscono comunque effetti conformativi a carico dell'Amministrazione, tenuta, per ordine del giudice, a porre in essere entro un termine stabilito una serie di azioni volte a ripristinare la legalità violata.

Sebbene, come si vedrà, la questione sia stata poco affrontata da parte della giurisprudenza che ha ammesso nel nostro ordinamento la praticabilità della tecnica modulatoria, sembra potersi sostenere, alla luce dei principi che governano la responsabilità aquiliana dalla pubblica amministrazione, che, permanendo l'elemento dell'ingiustizia del danno a fronte di questa peculiare ipotesi di scissione del binomio illegittimità annullabilità, il privato avrà comunque possibilità di accedere alla tutela risarcitoria, ferma restando la prova del danno sofferto. Occorre, infatti, sin da ora anticipare come nella maggioranza dei casi in cui la giurisprudenza ha fatto uso del potere modulatorio, l'azione di annullamento fosse stata esperita in quanto il provvedimento impugnato tutelava poco o non del tutto la posizione sostanziale, sicché la sua caducazione retroattiva non avrebbe rappresentato una misura soddisfacente, ma addirittura nociva per l'interesse del ricorrente.

2.3 L'art. 34 comma 3 c.p.a. L'accertamento non costitutivo dell'illegittimità del provvedimento amministrativo a fini risarcitori.

Si muove nel solco della dissociazione tra accertamento dell'invalidità del provvedimento e del suo conseguente annullamento l'art. 34 comma 3 c.p.a. che disciplina l'accertamento, a soli fini risarcitori, dell'illegittimità del provvedimento.

La norma, nell'introdurre un meccanismo di conversione processuale a carattere giudiziale, prevede che ove nel corso del giudizio l'annullamento dell'atto impugnato sia divenuto inutile, in quanto inidoneo a portare alcuna utilità pratica al ricorrente, ma persista in capo a questi un interesse risarcitorio, il giudice, piuttosto

che pronunciare una sentenza di rito con cui dichiarare l'improcedibilità dell'azione, emette una pronuncia di merito con la quale, pur non disponendo la caducazione dell'atto, accerta l'illegittimità del provvedimento per fini risarcitori⁴⁶. Non è un caso che parte della dottrina abbia identificato nella disposizione un indice sintomatico del riconoscimento della generale esperibilità dell'azione di mero accertamento nell'ambito del processo amministrativo, tradizionalmente negata⁴⁷.

In tali casi, infatti, l'azione costitutiva si depotenzia di quel *quid pluris* - la modificazione di una situazione giuridica soggettiva - che la caratterizza rispetto al contenuto di accertamento proprio di ogni azione, per ridursi a mero accertamento dell'illegittimità dell'atto purché permanga in capo al ricorrente un interesse di tipo risarcitorio. La sopravvenuta carenza di interesse alla decisione della domanda costitutiva di annullamento dell'atto non priva, infatti, il ricorrente dell'interesse alla decisione della domanda di accertamento dell'illegittimità del provvedimento, impendendo in tal modo la pronuncia di una sentenza di mera improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse ad agire⁴⁸.

In sostanza l'art. 34 comma 3 introduce un principio di carattere generale volto ad inibire la pronuncia di annullamento di atti che abbiano ormai esaurito i loro effetti, preservando al contempo l'interesse all'accertamento con efficacia di giudicato della loro illegittimità per finalità risarcitorie.

La disposizione è stata ed è tuttora al centro di un dibattito in ordine alla individuazione dei presupposti per la sua operatività. In particolare ciò di cui si discute è se ai fini dell'attuazione del meccanismo di conversione previsto dalla norma sia necessaria un'espressa richiesta di parte o se, al contrario, il meccanismo possa operare d'ufficio su iniziativa dello stesso giudice.

Sul punto si registrano nella stessa giurisprudenza amministrativa contrasti di vedute. La tesi prevalente è orientata a ritenere che tale disposizione vada interpretata

⁴⁶ Costituiscono ipotesi di applicazione pratica della norma l'aggiudicazione di una gara già seguita dall'integrale esecuzione del contratto o un provvedimento illegittimo di esproprio che abbia irreversibilmente prodotto i suoi effetti con la trasformazione dell'area consequenziale alla realizzazione di un'opera pubblica.

⁴⁷ Per un commento a tale norma, G. CORSO, *Art. 34*, in A. QUARANTA – V. LOPILATO, *Il processo amministrativo*, cit., 341 ss.; R. PROIETTI, *Inutilità dell'annullamento dell'atto e accertamento dell'illegittimità del provvedimento, nota a commento di Cons. Stato, Sez. V, 12 maggio 2011, 2817*, cit., 1347.

⁴⁸ In tal senso T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 4 febbraio 2011, n. 353, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

nel senso che debba esservi un'espressa richiesta dell'interessato non potendo, in assenza, il giudice procedere a una conversione dell'originaria domanda di annullamento, per la quale sia venuto meno l'interesse, in domanda risarcitoria, incombendo sulla parte l'onere di allegare compiutamente i presupposti per la successiva proposizione dell'azione risarcitoria⁴⁹. Non manca, tuttavia, una posizione, ancorché minoritaria, di segno contrario secondo la quale l'operatività del meccanismo di conversione processuale prescritto dall'art. 34 comma 3 c.p.a. non necessiterebbe di una specifica istanza dell'interessato sia per ragioni testuali – mancando nella disposizione qualsiasi riferimento alla necessità di tale elemento – sia perché il *petitum* di accertamento è contenuto in quello più ampio di annullamento del quale costituisce presupposto necessario. In quest'ottica, il meccanismo previsto presupporrebbe esclusivamente una verifica d'ufficio in ordine alla permanenza dell'originario interesse all'annullamento e la sussistenza di un concomitante interesse risarcitorio, da accertare in ogni caso in concreto ovvero tenendo presente le allegazioni sul punto fatte dalla parte interessata⁵⁰.

Sul dibattito riportato ha recentemente preso posizione l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato propendendo per la tesi, già maggioritaria nella giurisprudenza amministrativa, che tende a considerare il meccanismo di conversione processuale dettato dalla norma come azionabile solo su espressa richiesta di parte, che abbia quanto meno palesato la presenza di un interesse risarcitorio, essendo precluso al giudice convertire un'azione di annullamento in una risarcitoria in difetto di una domanda di parte, pena la violazione del principio della domanda oltre che di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato⁵¹.

Altro aspetto dibattuto riguarda la necessità ai fini della conversione processuale della contestuale o preventiva proposizione della domanda risarcitoria. In altri termini, si discute se per ritenere sussistente l'interesse risarcitorio in capo al ricorrente in annullamento sia necessario che questi abbia già proposto azione di

⁴⁹ In tal senso Consiglio di Stato, sez. V, 14 dicembre 2011, n. 6539; 6 dicembre 2010, n. 8550.; 28 dicembre 2012, n. 6703 in www.giustizia.amministrativa.it.

⁵⁰ In tal senso Consiglio di Stato, sez. V, 12 maggio 2011, n. 2817; T.A.R. Campania, Napoli, sez. VII, 3 novembre 2010, n.22277 in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵¹ Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 13 aprile 2015, n. 4 in www.giustizia-amministrativa.it.

risarcimento, contestualmente a quella di annullamento, o se sia sufficiente una manifestazione di tale interesse nel corso del giudizio⁵².

La disposizione in questione si è prestata a molteplici applicazioni e a diversificate interpretazioni da parte della dottrina.

A parte il già citato richiamo a tale norma al fine di giustificare l'ammissibilità in via generale dell'azione di accertamento, parte della giurisprudenza e della dottrina ha ricavato dalla previsione contenuta nell'art. 34, comma 3, c.p.a. l'esistenza di un principio generale in base al quale il giudice amministrativo può modulare gli effetti demolitori e ripristinatori della sentenza, fino a limitare la sua pronuncia all'accertamento dell'illegittimità dell'atto anche a fronte di una domanda di annullamento, tenuto conto che l'accertamento dell'illegittimità dell'atto impugnato è contenuto nel *petitum* di annullamento quale antecedente necessario. In quest'ottica, considerando che spesso l'interesse del ricorrente non è soddisfatto dal solo annullamento ma necessita di ulteriori attività, il giudice amministrativo, al fine di fornire una tutela effettiva al ricorrente, ha il potere di determinare gli effetti della propria sentenza di accoglimento non solo limitando l'estensione del potere demolitorio attraverso un annullamento parziale del provvedimento, ma anche valorizzando il solo effetto conformativo senza procedere all'annullamento quando ciò è funzionale ad apprestare al ricorrente una tutela più efficace ed effettiva⁵³.

Secondo un'opposta ricostruzione la norma, lungi dal rappresentare un indice normativo idoneo a smentire o a mutare la tradizionale concezione dell'annullamento, si inserirebbe piuttosto nell'ambito del più generale potere di conversione dell'azione attribuito al giudice amministrativo dal secondo comma dell'articolo 34. Allo stesso modo, l'art. 21-*octies* della legge 241/90, agendo su di un piano esclusivamente processuale e operando una scissione tra annullabilità e

⁵² A favore della prima soluzione più restrittiva Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 5 ottobre 2011, n. 2352, in *Foro amm. – Tar*, 2011, 10, 3056 secondo il quale la disposizione si applica solo allorquando la domanda risarcitoria sia stata proposta nello stesso giudizio, oppure quando la parte ricorrente dimostri di aver già incardinato un separato giudizio di risarcimento. Contrario T.A.R. Campania, Napoli, sez. VII, 3 novembre 2010, n.22277 in *www.giustizia-amministrativa.it*, che invece evidenzia come pretendere ai fini dell'applicazione del meccanismo di conversione processuale di cui all'art. 34 comma 3 la contestuale proposizione della domanda risarcitoria urterebbe contro la possibilità accordata dall'ordinamento di formulare una nuova domanda risarcitoria entro il termine di 120 gg dal passaggio in giudicato della sentenza che abbia giudicato sui profili impugnatori.

⁵³ D. BALDUZZI, *L'art. 34, comma 3, c.p.a. tra conversione dell'azione e interesse ai fini risarcitori*, nota a Consiglio di Stato, 28 dicembre 2012, n.6703, sez. IV, in *Resp. civ. e prev.*, 2013, n. 4, 1221.

annullamento giurisdizionale, integrerebbe un mero meccanismo normativamente autorizzato di impedimento *ex lege* del solo annullamento giurisdizionale, tant'è che resterebbe ferma la facoltà per l'amministrazione competente, ricorrendone gli altri presupposti di legge, di annullare l'atto illegittimo in sede di esercizio del potere di autotutela. In quest'ottica, e partendo da tali considerazioni si sostiene, come tali norme, non avvalorerebbero la tesi della implicita sussistenza nell'ordinamento di un generale potere del giudice amministrativo di modulazione degli effetti della sentenza di annullamento, limitandosi alla mera previsione della non annullabilità di un provvedimento illegittimo o per effetto di una volontà legislativa espressa o di una valutazione di carenza di uno specifico interesse processuale. Nessuna delle due norme contempla ai fini della loro operatività un'operazione di ponderazione degli interessi coinvolti né scelte di opportunità da parte del giudice, cosa che invece avviene nell'uso della tecnica modulatoria⁵⁴.

In definitiva, la norma non avrebbe la finalità di consentire una modifica in via generale degli effetti di una pronuncia di annullamento ma solo di consentire l'accertamento della illegittimità nelle ipotesi in cui non c'è l'onere di impugnazione dell'atto, in quanto l'annullamento non è utile al ricorrente, in linea con quanto disposto dall'art. 21-*octies* l. 241/90.

2.4 Gli artt. 121 e 122 c.p.a. Il potere modulatorio del giudice amministrativo in materia contrattuale a seguito dell'annullamento degli atti di gara.

Un ulteriore e significativo indice normativo del potere conferito al giudice amministrativo di dissociare l'accertamento dell'illegittimità dell'atto amministrativo impugnato dal tipico effetto caducatorio ad esso riconnesso e di modulare, a fronte di un'azione di annullamento proposta, la tutela giurisdizionale in ragione di una ponderazione tra gli interessi che vengono in rilievo, con particolare riferimento alla

⁵⁴ Sminuiscono l'importanza delle due norme e negano la loro utilizzabilità come indici a supporto della dimostrazione dell'esistenza di un generale potere del giudice amministrativo di modulazione temporale F. VOLPE, *La non annullabilità di provvedimenti amministrativi illegittimi*, cit., 319 il quale sostiene tra l'altro la necessità di una disposizione di legge su cui fondare la previsione di non annullabilità di un provvedimento amministrativo di cui sia stata accertata l'illegittimità; R. DIPACE, *L'annullamento tra tradizione e innovazione: la problematica flessibilità dei poteri del giudice amministrativo*, cit., 1328.

tutela di quello pubblico, è rappresentato dagli articoli 121 e 122 del codice del processo amministrativo.

Introdotti in adeguamento alla direttiva ricorsi 2007/66/CE, tali disposizioni conferiscono al giudice amministrativo, nel caso in cui sia richiesto l'annullamento dell'aggiudicazione e l'attribuzione del contratto da parte del ricorrente non aggiudicatario, illegittimamente pretermesso, ampi poteri cognitori e decisorii di scelta - sulla base dei criteri stabiliti dalla legge - tra la declaratoria di inefficacia del contratto in via retroattiva o *ex nunc* e l'applicazione di sanzioni alternative, oltre al risarcimento del danno, introducendo un concetto di inefficacia funzionale cui consegue una forma di tutela dell'interesse pretensivo del ricorrente c.d. *a geometrie variabili*⁵⁵.

In particolare le nuove norme introdotte attribuiscono al giudice amministrativo ampi poteri discrezionali da esercitare d'ufficio, secondo valutazioni di opportunità, ancorché nei limiti e secondo i casi declinati dalle norme richiamate al punto da aver indotto parte della dottrina a qualificarlo quasi alla stregua di un "giudice amministratore". E' il caso di evidenziare come ciò avvenga pur senza che la scelta del legislatore si sia mossa nel senso di attribuire in questi casi al giudice un'ulteriore ipotesi codificata di giurisdizione di merito, vertendosi in materia di giurisdizione esclusiva.

⁵⁵ Le nuove disposizioni recepiscono il definitivo superamento della diatriba sorta tra le più alte giurisdizioni in ordine alla individuazione dell'autorità giurisdizionalmente competente a conoscere della sorte del contratto all'esito dell'annullamento degli atti di gara ed in modo particolare sulla individuazione della patologia del contratto derivante dalla illegittimità del suo atto presupposto ovvero dell'aggiudicazione. Per un'analisi di tale dibattito e delle differenti soluzioni prospettate dalla dottrina e giurisprudenza si rimanda a B. MARCHETTI, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto: esperienze europee a confronto*, in *Dir. proc. amm.*, 1/2008, 95 ss.; M. RAMAJOLI, *La Cassazione riafferma la giurisdizione ordinaria sul rapporto contrattuale tra amministrazione e aggiudicatario*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 523; ID, *L'Adunanza plenaria risolve il problema dell'esecuzione della sentenza di annullamento dell'aggiudicazione in presenza di contratto*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 1154; E. STICCHI DAMIANI, *La caducazione del contratto per annullamento dell'aggiudicazione alla luce del codice degli appalti*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2006, 3719; V. LOPILATO, *Vizi della procedura di evidenza pubblica e patologie contrattuali*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2006, 1519; A. CARULLO, *La sorte del contratto dopo l'annullamento dell'aggiudicazione: poteri del giudice e domanda di parte*, in *Giustamm.it*, 2010; F. CINTIOLI, *In difesa del processo di parti*, in *Giustamm.it*, 2010; ID *Le innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici - ancora in difesa del processo di parti-*, in *Dir. Proc. Amm.* 1/2012, 3 ss.; M. LIPARI, *L'annullamento dell'aggiudicazione e gli effetti sul contratto: poteri del giudice*, in *Giustamm.it*, 2010; E. STICCHI DAMIANI, *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2011, 865 ss.; R. DE NICTOLIS, *Artt. 121-125*, in A. QUARANTA, V. LOPILATO (a cura di), *Il processo amministrativo*, cit., 1013 ss.; S. FANTINI, *L'inefficacia del contratto*, in B. SASSANI, R. VILLATA (a cura di), *Il processo amministrativo*, Torino, 2012, 1035 ss.

Cionostante, la gamma di poteri attribuiti dalla legge al giudice amministrativo e l'intensità delle scelte di opportunità che questi è chiamato a svolgere dopo aver disposto l'annullamento degli atti di gara per stabilire la conseguente sorte del contratto già concluso, fa sì che, pur muovendosi nell'ambito di una giurisdizione esclusiva, ci si discosti sotto diversi profili dalle limitazioni tipiche di questo giudizio, impingendo in scelte valutative che sfiorano il merito delle valutazioni amministrative.

In sede cognitoria, infatti, egli è tenuto ad accertare e valutare, in funzione della deduzione delle parti, la gravità della condotta della stazione appaltante e della situazione di fatto al fine di stabilire se la necessaria declaratoria di inefficacia del contratto, conseguente all'annullamento del provvedimento di aggiudicazione illegittimo, debba essere limitata alle sole prestazioni ancora da eseguirsi o se, invece, debba agire retroattivamente, travolgendo anche le prestazioni già effettuate. Valuta, altresì, l'eventuale ricorrenza di "esigenze imperative connesse ad un interesse generale" che gli impongono di statuire il mantenimento degli effetti del contratto, precludendogli la possibilità di dichiararne l'inefficacia e il tipo di sanzione alternativa da comminare. Inoltre, nelle ipotesi in cui non ricorrano i casi di dichiarazione necessaria di inefficacia del contratto o di applicazione di sanzioni alternative, il giudice amministrativo svolge una valutazione di merito in ordine alla possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione, tenuto conto di una serie di fattori - che non toccano i profili civilistici e normativi di validità ed efficacia del contratto che restano di competenza del giudice civile - ma che invece riguardano la natura dei vizi riscontrati, lo stato di esecuzione del contratto, la possibilità concreta e materiale del ricorrente di subentrare nel contratto *medio tempore* stipulato.

La norma assegna quindi al giudice amministrativo ampi e penetranti poteri d'ufficio che gli consentono di esercitare un sindacato particolarmente incisivo che si estrinseca in una vera e propria valutazione di opportunità sulla conservazione del contratto stipulato a seguito dell'illegittima aggiudicazione e ciò in vista del soddisfacimento di interessi di preminente natura pubblica. Non è un caso che, pur in assenza di una precisa scelta legislativa in tal senso, la dottrina tenda a inquadrare la giurisdizione in materia di sorte del contratto a seguito di annullamento

dell'aggiudicazione tra le ipotesi di giurisdizione di merito "occulta" o "innominata"⁵⁶.

A tali ampi poteri cognitori si affiancano altrettanto incisivi poteri decisorii in quanto, diversamente da quanto accade in sede di giudizio di annullamento, una volta accertata l'effettiva illegittimità dell'aggiudicazione, il giudice non si limita a disporre l'annullamento dell'atto impugnato ma conosce anche della situazione giuridica che si è determinata a seguito della stipulazione del contratto, onde pronunciarsi in merito alla sua efficacia e dispone di un'ampia serie di poteri che possono giungere fino alla sostituzione dell'appaltatore nel contratto, surrogandosi alla decisione selettiva operata dall'Amministrazione⁵⁷.

Nell'esercizio di tali poteri decisorii il giudice amministrativo è legittimato ad adottare una gamma di pronunce qualitativamente e quantitativamente più ampia rispetto alla tradizionale sentenza di annullamento resa in un normale giudizio di legittimità. In particolare, una volta accertata, alla luce delle censure sollevate dal ricorrente, l'illegittimità del provvedimento di aggiudicazione della gara egli potrà o dovrà, a seconda dei casi e della gravità del vizio, dichiarare contestualmente l'inefficacia del contratto, stabilendone la decorrenza *ex tunc*, *ex nunc* o a partire da un momento successivo e futuro rispetto alla pronuncia stessa. Se dichiara l'inefficacia, condanna la stazione appaltante ad attribuire l'aggiudicazione ed il contratto a soggetto diverso da quello risultato aggiudicatario o a ripetere la procedura di gara, in entrambi i casi, quindi, a un *facere* specifico, oltre a condannare la p.a. al risarcimento del danno per equivalente pecuniario subito e provato dal ricorrente vittorioso. Laddove, nei casi in cui stabilisca la perduranza dell'efficacia

⁵⁶ Si esprime in tal senso A. GIUSTI, *Il contenuto conformativo della sentenza del giudice amministrativo*, Napoli, 2012, 126 ss.

⁵⁷ La dottrina evidenzia come il rapporto esistente tra la proposizione della domanda di annullamento dell'aggiudicazione illegittima ed eventualmente dei prodromici atti di gara e la declaratoria di inefficacia del contratto non integra una pregiudiziale in senso tecnico, in quanto il giudice amministrativo non ha cognizione diretta della validità del contratto ma si limita a disporre l'inefficacia come conseguenza dell'annullamento dell'aggiudicazione. Inoltre, l'assenza di un vero e proprio rapporto di pregiudizialità va colto nella improponibilità come autonoma domanda della richiesta di declaratoria di inefficacia del contratto essendo necessariamente collegata agli effetti dell'annullamento dell'atto di gara. In tal senso E. FOLLIERI *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010 n. 53 e negli artt. 120 -124 del codice del processo amministrativo*, cit., 1087; G. GRECO, *La trasmissione dell'antigiuridicità (dell'atto amministrativo illegittimo)*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2007, 326; in senso contrario D. PONTE, *Contratti, introdotta la pregiudiziale amministrativa*, in *Guida al dir.*, 2010, 31.

del contratto, condanna l'Amministrazione a una sanzione pecuniaria alternativa o alla riduzione della durata del contratto stesso.

La natura giuridica della sentenza resa dal giudice amministrativo in materia di impugnazione di atti di gara è mista in quanto si arricchisce di contenuti ulteriori rispetto a una tradizionale sentenza di annullamento resa all'esito di un giudizio di legittimità. Accanto al tradizionale nucleo di accertamento, che pur contraddistinguendo tale pronuncia non vale a connotarla in termini di sentenza meramente dichiarativa, la sentenza produce un tipico effetto costitutivo, andando a rimuovere il provvedimento di aggiudicazione impugnato, ma per espressa autorizzazione normativa ne può modulare diversamente l'efficacia temporale disponendo a partire da quale momento l'annullamento inizia a produrre i suoi effetti e, quindi, quali degli effetti già prodotti possano dirsi definitivi. Allo stesso tempo presenta un contenuto, eventuale e ulteriore, di condanna che spazia da quella a un *facere* specifico, nell'ipotesi in cui disponga la conclusione di altro contratto o la ripetizione della gara, all'applicazione di sanzioni alternative pecuniarie o decisioni costitutive di modifica della durata residua del contratto e al risarcimento del danno per equivalente.

L'insieme di questi ampliati poteri di cognitori e decisori va ad integrare un modello di rito in materia di appalti che si connota per la sua specialità ed eccezionalità⁵⁸.

Ciò che più rileva ai fini dell'indagine che si sta conducendo è analizzare se queste disposizioni si prestino a essere utilizzate a supporto e giustificazione dell'ingresso nel nostro sistema di giustizia amministrativa di un generale potere di modulazione temporale. Non è un caso, infatti, come meglio si vedrà analizzando la giurisprudenza amministrativa in materia, che lo stesso Consiglio di Stato vi abbia

⁵⁸ Sulle caratteristiche di tale rito e sulla particolare natura ed ampiezza dei poteri esercitati dal giudice amministrativo si rinvia per un'analisi più approfondita a G. GRECO, *La direttiva 2007/66/ce: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, 1029 ss.; E. FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010 n. 53 e negli artt. 120 -124 del codice del processo amministrativo*, cit., 2010, 1067 ss.; F. FRACCHIA, *Il rito speciale sugli appalti e la sorte del contratto: un giudizio a geometria variabile e a oggetto necessario nel contesto della concorrenza*, in *Giustamm.it*, 2010; V. LOPILATO, *Categorie contrattuali, contratti pubblici e i nuovi rimedi previsti dal decreto legislativo n. 53 del 2010 di attuazione della direttiva ricorsi*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1326 ss.; M. RAMAJOLI, *Il processo in materia di appalti pubblici da rito speciale a giudizio speciale*, in (a cura di) G. Greco, *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, Milano, 2010, 121 ss.; R. CHIEPPA, *Il nuovo processo amministrativo dopo il correttivo al Codice*, Milano 2012, 632 ss.

fatto ricorso per supportare il riconoscimento di questo strumento, leggendo nelle disposizioni in materia di rito appalti non l'attribuzione di poteri eccezionali, quanto piuttosto l'esplicitazione settoriale di un generale potere di modulazione spettante al giudice amministrativo anche in settori diversi da quello degli appalti pubblici.

Il richiamo a tali norme per giustificare il riconoscimento del potere di modulazione in capo al giudice amministrativo, al di là di una previsione normativa espressa che lo autorizzi, è stato tuttavia criticato da più parti e ritenuto non pertinente.

In primo luogo si evidenzia come, pur a voler ammettere che le disposizioni in questione costituiscano un'ipotesi di modulazione temporale degli effetti della sentenza di annullamento, si tratterebbe di un'ipotesi normativamente codificata che, quindi, dimostrerebbe a maggior ragione la necessità che un tale potere si fondi su una disposizione normativa espressa che lo legittimi, spettando solo al legislatore il potere di incidere in senso modificativo sugli effetti tipici della sentenza di annullamento e sulla sua portata costitutiva⁵⁹.

Ma l'opposizione principale all'utilizzazione di tali norme a supporto della tecnica modulatoria viene riscontrata nella non pertinenza del richiamo. Si evidenzia, infatti, come nel caso del rito speciale sugli appalti la valutazione effettuata dal giudice amministrativo sulla sorte del contratto interviene solo a seguito dell'eliminazione retroattiva dell'aggiudicazione, per cui il giudice non prescinde dalla pronuncia di una sentenza di annullamento con efficacia retroattiva che, anzi, costituisce il presupposto per poter poi esercitare i poteri in ordine alla sorte del contratto. In sostanza, ciò che verrebbe modulato sarebbe solo l'efficacia del contratto stipulato a seguito dell'aggiudicazione illegittima, ma non anche della sentenza di annullamento di tale aggiudicazione che, invece, conserverebbe la sua struttura tradizionale, di modo tale che i poteri di valutazione del giudice ineriscono

⁵⁹ F. VOLPE, *La non annullabilità dei provvedimenti amministrativi illegittimi*, cit., 319 il quale oltre ad evidenziare la necessità di un'espressa previsione di legge per derogare alla regola della generale annullabilità del provvedimento amministrativo illegittimo, mette in luce come tali disposizioni normative che autorizzino la non annullabilità, per essere conformi al dettato costituzionale dell'art. 113 Cost., debbano necessariamente prevedere forme di sanzioni e di tutela sostitutive in grado di garantire comunque al ricorrente vittorioso una tutela effettiva.

non all'annullamento giurisdizionale, che resta presupposto imprescindibile, ma alla successiva dichiarazione di inefficacia del contratto⁶⁰.

Si evidenzia, inoltre, come un'altra palese differenza vada individuata nella circostanza che la limitazione dell'effetto caducatorio, nel caso del rito degli appalti, è subordinata alla domanda del ricorrente di subentrare nel contratto o comunque condizionata dalle deduzioni delle parti, non essendo consentito al giudice di disporre la conservazione dell'efficacia del contratto ove non espressamente richiesta o non emergente dalle risultanze processuali. Cosa che, invece, non accadrebbe con l'introduzione della tecnica modulatoria che permetterebbe al giudice di limitare l'efficacia retroattiva dell'annullamento o di escluderne la portata costitutiva anche d'ufficio⁶¹.

2.5 Altre ipotesi di modulazione temporale desumibili dalla normativa di settore.

Oltre agli indici normativi sopra riportati che sono stati espressamente richiamati dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato a riprova dell'esistenza di un generale potere di modulabilità temporale delle proprie sentenze di annullamento è dato riscontrare nel sistema, e in particolare nelle discipline speciali di settore, l'esistenza di altre disposizioni normative che autorizzano il giudice amministrativo a intervenire sugli effetti della sentenza di annullamento, anche in senso delimitativo rispetto al principale effetto caducatorio.

Si pensi anche all'art. 78, c. 4, del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, che, nel settore urbanistico, individua dei limiti all'esercizio del potere demolitorio in virtù del principio di conservazione degli atti amministrativi. Nello specifico, la norma citata interviene a limitare, nel caso di violazione dell'obbligo di astensione degli amministratori degli enti e locali, l'annullabilità degli strumenti urbanistici alle parti di deliberazione oggetto di correlazione immediata e diretta fra il contenuto della deliberazione e gli specifici interessi dell'amministratore o di parenti o affini fino al

⁶⁰ Contrario all'inutilizzabilità del richiamo agli artt. 121 e 122 c.p.a. per fondare il riconoscimento di un generale potere modulatorio del giudice amministrativo R. DIPACE, *L'annullamento tra tradizione e innovazione: la problematica flessibilità dei poteri del giudice amministrativo*, cit., 1377 ss.

⁶¹ In tal senso A. GIUSTI, *La nuova sentenza di annullamento nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato. Nota a Consiglio di Stato, 10 maggio 2011, n. 2755, sez. VI*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1/2012, 293.

quarto grado. In realtà, più che di vera e propria modulazione temporale della sentenza di annullamento qui si sarebbe al cospetto di un annullamento parziale a fronte, comunque, di un'impugnativa integrale da parte del ricorrente e, quindi, sempre in violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato e in vista della tutela di un superiore interesse pubblico a evitare che il territorio resti privo del suo principale strumento di pianificazione urbanistico nel tempo necessario a consentire all'amministrazione comunale di reiterarne l'*iter* approvativo.

Allo stesso modo il precedente articolo 43 del T.U. sugli espropri – oggi dichiarato incostituzionale con la sentenza della Corte costituzionale, 8 ottobre 2010, n. 293 - al comma 3 consentiva di emanare l'atto di acquisizione sanante anche in caso di proposizione di un ricorso per l'annullamento del provvedimento di esproprio o dichiarativo di pubblica utilità illegittimo. In tali casi, il giudice amministrativo, se riteneva il ricorso fondato, pur dichiarando l'illegittimità del provvedimento impugnato, non faceva discendere da detto accertamento il tipico effetto costitutivo della rimozione retroattiva dell'atto ma, in considerazione dell'intervenuta trasformazione del suolo privato con la realizzazione dell'opera pubblica, poteva unicamente disporre la condanna al risarcimento del danno, con esclusione della restituzione del bene senza limiti di tempo⁶².

Interessante per il tema che qui si affronta è poi l'analisi di una recentissima disposizione normativa in materia di risanamento degli istituti di credito. Si fa riferimento all'art. 95 co. 3 del D.lgs. 180/2015, introdotto in adeguamento della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio n. 2014/UE/59, nella parte in cui prevede che *"quando il giudice lo ritiene necessario per tutelare gli interessi dei terzi in buona fede (...), l'annullamento del provvedimento lascia impregiudicati gli atti amministrativi adottati o i negozi posti in essere dalla Banca d'Italia (...), sulla*

⁶² A. GIUSTI, *La "nuova" sentenza di annullamento nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato. Nota a Consiglio di Stato, 10 maggio 2011, n. 2755, sez. VI, cit., 293*, la quale sottolinea come *"Il nuovo testo dell'art. 42-bis, invece, prevede la possibilità di adottare il provvedimento di acquisizione quando, pendente un ricorso, l'amministrazione ritiri l'atto impugnato. Diversamente, dovrà comunque addivenirsi ad una pronuncia di merito. Il giudice dunque, anche in questa ipotesi, non può scegliere di non annullare, dovendo accogliere o respingere il ricorso. L'acquisizione sanante potrà poi verificarsi a seguito dell'accoglimento del ricorso, quando cioè sia stato annullato l'atto da cui sia sorto il vincolo preordinato all'esproprio, l'atto che abbia dichiarato la pubblica utilità di un'opera o il decreto di esproprio"*.

*base del provvedimento annullato. Resta fermo il diritto al risarcimento del danno subito e provato, nei limiti stabiliti dalle norme vigenti*⁶³.

Si tratta di una chiara ipotesi, normativamente codificata, di annullamento flessibile in cui il giudice, pur non escludendo l'effetto caducatorio dell'atto illegittimo oggetto di impugnativa, agisce in senso limitativo sul consequenziale effetto ripristinatorio - che determinerebbe altrimenti il travolgimento di tutti gli atti adottati sulla scorta di quello annullato - consentendogli di statuire la perduranza della loro efficacia. La norma trova la propria *ratio* nell'esigenza di salvaguardare il legittimo affidamento riposto dai terzi che abbiano acquistato azioni o diritti di credito similari, confidando nella genuinità del titolo garantito dai provvedimenti adottati dall'istituto di credito e, come per l'ipotesi degli speciali poteri conferiti in tema di appalti e sorte del contratto, è posto a tutela di rilevanti interessi di matrice comunitaria.

Come è stato efficacemente osservato, la norma attribuisce al giudice amministrativo il potere di disporre dell'effetto caducatorio non in funzione della soddisfazione di una richiesta della parte ricorrente ma in considerazione degli interessi di soggetti terzi, prescindendo quindi dalla domanda di parte e consentendo al giudice di operare una selezione degli interessi rilevanti in gioco secondo i canoni tipici della discrezionalità amministrativa⁶⁴.

L'aspetto rilevante è che il potere conferito al giudice amministrativo di modulare diversamente gli effetti della propria sentenza di annullamento è qui bilanciato dalla previsione espressa di una forma di tutela alternativa - quella risarcitoria - che garantisce al ricorrente l'effettività della tutela, punto che, invece, resta controverso, o meglio non specificamente approfondito, nelle ipotesi di

⁶³ Per una prima analisi della nuova disciplina in materia di risanamento degli enti creditizi si rinvia a F. CORTESE, *L'insostenibile delicatezza dell'amministrazione per legge. Spunti di riflessione a margine delle vicende che hanno condotto all'approvazione della nuova disciplina sul risanamento e sulla risoluzione degli enti creditizi. Scritto per il Convegno «Salvataggio bancario e tutela del risparmio»*, in *Riv. dir. banc.*, 7, 2016.

⁶⁴ Per un primo commento alla disposizione e per la sua riconducibilità all'annullamento flessibile si rinvia a A. MAGLIARI, *L'attuazione della direttiva sul risanamento e la risoluzione degli enti creditizi nell'ordinamento italiano: profili pubblicistici*, in M.P. CHITI, V. SANTORO (a cura di) *L'unione bancaria europea*, Pisa, 2016, 383 ss. il quale evidenzia come "la disposizione sembra, pertanto, adombrare un'ulteriore ipotesi normativa di "non annullabilità" di un atto illegittimo, giustificata dall'esigenza di tutelare i terzi dai pregiudizi derivanti dal travolgimento degli atti basati sul provvedimento di cui si accerta l'illegittimità".

modulazione temporale di matrice pretoria, laddove la giurisprudenza amministrativa che ha fatto uso di tale potere non si è sempre soffermata su questo specifico profilo.

3. *La sentenza di annullamento e i suoi effetti tipici: tra rinunciabilità dell'effetto caducatorio, modulabilità dell'effetto ripristinatorio e valorizzazione dell'effetto conformativo.*

La progressiva crisi del tradizionale modello del processo amministrativo, come processo di impugnazione teso a scrutinare la legittimità dell'atto attraverso il filtro del vizio-motivo sollevato, e la tendenza in corso alla sua trasformazione da giudizio sull'atto a giudizio sul rapporto cui si è fatto riferimento⁶⁵, ha riproposto e reso quanto mai attuale il dibattito in ordine alla valorizzazione degli effetti ulteriori rispetto a quello tipico eliminatorio, connaturato alla natura costitutiva dell'azione, fino a giungere a interrogarsi sulla necessità e possibilità di prescindere da quest'ultimo, limitando l'efficacia della pronuncia ai soli effetti conformativi.

Sebbene manchi, anche nel codice del processo amministrativo, una disposizione normativa che indichi gli effetti che scaturiscono sul piano giuridico dalla pronuncia di una sentenza di annullamento del giudice amministrativo, è ormai accettata l'idea che un giudicato che si limiti a rendere indiscutibile il solo effetto caducatorio-eliminatore dell'atto impugnato risulterebbe del tutto insoddisfacente in termini di tutela effettiva del ricorrente, attesa l'inesauribilità del potere pubblico e, conseguentemente, la possibilità per l'amministrazione di riadottare un provvedimento dal contenuto analogo a quello lesivo annullato. L'insoddisfazione verso un modello puramente eliminatorio si mostra in modo ancor più significativo nell'ipotesi in cui, attraverso il giudizio di annullamento, si faccia valere la tutela di un interesse legittimo di tipo pretensivo. In questo caso, infatti, la sola rimozione, anche se con efficacia retroattiva, dell'atto di diniego impugnato non sarebbe di per sé soddisfattiva della pretesa sostanziale del privato, essendo del tutto inidonea a garantire il bene della vita cui aspira. E' in questi casi che la valorizzazione degli

⁶⁵ Per l'attualità del dibattito si rinvia a F. G. COCA, *Attualità dell'interesse legittimo?*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2011, 379; N. PAOLANTONIO, *L'interesse legittimo come (nuovo) diritto soggettivo (nota a margine a Cons. Stato, Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3)*, in *www.giustamm.it*.

ulteriori effetti della sentenza, specie di quello conformativo, dimostra la sua rilevanza.

Nel nostro ordinamento la teoria del giudicato amministrativo e più in generale degli effetti scaturenti dalla sentenza di annullamento del provvedimento amministrativo illegittimo ha conosciuto diverse fasi⁶⁶.

Quella attuale, ormai consolidata, si fonda sull'accoglimento della tesi della tripartizione degli effetti in base alla quale ciascuna sentenza di annullamento pronunciata dal giudice amministrativo produce contestualmente, sul piano giuridico e materiale, tre differenti ordini di effetti⁶⁷.

Il primo effetto prodotto è quello caducatorio-eliminatorio strettamente connesso alla natura costitutiva della sentenza di annullamento che opera una modificazione della c.d. realtà giuridica e alla funzione di garanzia propria dell'annullamento giurisdizionale che tende, attraverso l'eliminazione del provvedimento lesivo, alla tutela della posizione giuridica del ricorrente oltre che al contestuale ripristino della legalità violata dall'adozione dell'atto illegittimo⁶⁸. L'effetto eliminatorio ha un'efficacia più ampia rispetto all'atto oggetto d'impugnazione in quanto travolge ed elimina non solo il provvedimento impugnato ma anche tutti gli atti amministrativi adottati in esecuzione o attuazione dello stesso e che in esso trovano il loro presupposto, in quanto affetti da una forma di invalidità c.d. derivata.

⁶⁶ Si veda in proposito M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989, 37 ss. che ben descrive il passaggio della teoria del giudicato attraverso tre distinte fasi rappresentate dalle posizioni dottrinali rispettivamente di F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Vol. I, Milano, 275; A. M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al consiglio di stato e ai giudici subordinati*, Napoli, 1963, 410 e F. BENVENUTI, *Giudicato (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, VI, Milano, 1969, 893; e la più recente ricostruzione di M. NIGRO, *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, in *Il giudizio di ottemperanza*, Milano, 1983, 63 in cui la crisi del modello classico del processo amministrativo come processo di impugnazione determina una rivisitazione complessiva del problema degli effetti della sentenza e dell'ambito oggettivo del giudicato. Per uno studio più recente del giudicato amministrativo S. VALAGUZZA, *Il giudicato*, in *Manuale di diritto amministrativo e di giustizia amministrativa*, (a cura di) G. Carlotti, 2014; Id, *Giudicato amministrativo di annullamento ed effetti risarcitori*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2002, 685.

⁶⁷ La classica tripartizione degli effetti scaturenti dalla sentenza di annullamento del provvedimento amministrativo illegittimo è stata per la prima volta affermata da M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2002, 313; ID, *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, cit., 63; e poi ripresa *ex multis* da C. CACCIAVILLANI, *Il giudicato*, in F.G. COCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, cit., 547; G. CORSO, *Processo amministrativo e tutela esecutiva*, in *Foro it.*, V, 1989, 421; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 300.

⁶⁸ Si tratta, a ben vedere, dell'unico effetto normativamente stabilito in quanto desumibile dall'art. 34, comma 1, lettera a) del codice nella parte in cui stabilisce che "in caso di accoglimento del ricorso il giudice annulla in tutto o in parte il provvedimento impugnato".

Strettamente correlato all'effetto propriamente eliminatorio è quello ripristinatorio in base al quale la sentenza di annullamento non si limita a rimuovere dalla realtà il titolo giuridico con il quale si è dato luogo a un certo assetto d'interessi, ma contestualmente rimuove *ab origine* tutti gli effetti giuridici che sulla scorta di quell'atto si sono *medio tempore* prodotti ripristinando, ove materialmente possibile, lo stato di fatto e di diritto antecedente l'adozione del provvedimento annullato e ponendo il ricorrente nella medesima situazione goduta prima dell'adozione dello stesso. Si tratta dell'effetto collegato alla natura tendenzialmente retroattiva della sentenza di annullamento che meglio si è affrontato sopra. Tale effetto è una diretta conseguenza della funzione di garanzia che l'azione di annullamento è chiamata a svolgere nell'ordinamento in quanto, consentendo di ripristinare lo *status quo ante* l'adozione del provvedimento lesivo, ripara integralmente la lesione dallo stesso cagionata⁶⁹.

Accanto a quelli esaminati, la dottrina e la giurisprudenza hanno particolarmente valorizzato un terzo ulteriore effetto correlato alla sentenza di annullamento definito preclusivo-conformativo per indicare due aspetti di un medesimo fenomeno.

L'effetto preclusivo condiziona in negativo l'esercizio del potere amministrativo ponendo indirettamente un vincolo alla discrezionalità della p.a. in fase di riesercizio del potere. Il giudicato amministrativo, infatti, diversamente da quello civile non produce l'effetto di sostituire all'atto la pronuncia giurisdizionale che, quindi, non si pone come statuizione positiva sul rapporto tra pubblica amministrazione e privato. La disciplina dello stesso resta, infatti, nella piena disponibilità dell'amministrazione e presuppone un nuovo esercizio del potere amministrativo che non si consuma per effetto della statuizione giudiziale ma resta tendenzialmente inesauribile. In sostanza, l'effetto preclusivo della sentenza di annullamento inibisce all'amministrazione di adottare, in fase di rinnovazione del procedimento, un nuovo provvedimento che riproduca il medesimo vizio di quello

⁶⁹ Sull'effetto ripristinatorio e la sua portata si veda M.S. GIANNINI, *Sulla ripristinazione conseguente all'annullamento di un atto estintivo del rapporto di pubblico impiego*, in *Foro it.*, 1942, III, 146; E. CANNADA BARTOLI, *Annulabilità e annullamento*, cit., 496; G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1969, 196; sui limiti alla retroattività dell'annullamento V.M. ROMANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, cit., 351.

precedentemente annullato, pur non incidendo sul contenuto sostanziale dello stesso che potrà anche essere del medesimo segno e tenore di quello rimosso.

L'effetto conformativo costituisce la vera svolta nel senso del superamento del tradizionale modello impugnatorio-cassatorio proprio del giudizio di annullamento. Esso si fonda sulla valorizzazione del contenuto di accertamento insito in ogni sentenza di annullamento che svolge un ruolo centrale in quanto fornisce il contenuto dell'obbligo conformativo derivante in capo all'amministrazione, indicando il corretto modo di esercizio del potere in sede di rinnovazione del procedimento e di riadozione dell'atto⁷⁰. La valorizzazione di tale effetto contribuisce a recuperare l'effettività del processo amministrativo già nella sua fase di cognizione, anticipando di fatto contenuti che sarebbero propri della successiva fase esecutiva in sede di giudizio di ottemperanza⁷¹.

La particolarità di tale effetto sta nella sua diversa incisività a seconda della tipologia di vizio dedotto per il quale l'annullamento è stato disposto e della natura dell'interesse fatto valere dal ricorrente.

E' evidente, infatti, come la portata conformativa è piena e del tutto soddisfacente per il ricorrente a fronte di interessi oppositivi, ove l'atto sia stato annullato per difetto dei presupposti soggettivi o oggettivi previsti dalla norma per l'esercizio del potere, o quando l'annullamento determini l'impossibilità di rimettere l'atto per decorrenza del termine entro cui il potere poteva essere esercitato⁷².

Viceversa, rischia di trasformarsi in una sorta di "vittoria di Pirro" nelle ipotesi di annullamenti di atti di diniego formalmente illegittimi, a fronte cioè di

⁷⁰ Secondo l'impostazione di Nigro la sentenza di annullamento non è solo una sentenza costitutiva ma anche ordinativa in quanto impone all'amministrazione un obbligo di adeguamento e, quindi, le impartisce un ordine senza però assoggettarlo all'esecuzione forzata alla stregua di una vera e propria sentenza di condanna, M. NIGRO, *Sulla natura giuridica del processo di cui all'art. 27 n. 4 delle leggi sul Consiglio di Stato*, in *Rass. Dir. Pubbl.* 1954, 228.

⁷¹ Per un'analisi del contenuto conformativo della sentenza di annullamento del giudice amministrativo si rinvia a F. LEDDA, *Dal principio di legalità al principio di infallibilità dell'amministrazione*, in *Foro Amm.*, 1997, 3303; B. SASSANI, *Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto. Ottemperanza amministrativa e tutela civile esecutiva*, cit., *passim*; ID. *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto*, cit., 18 ss.; B. MARCHETTI, *L'esecuzione della sentenza amministrativa prima del giudicato*, Padova, 2000, 108 ss.; A. GIUSTI, *Il contenuto conformativo della sentenza del giudice amministrativo*, cit., *passim*.

⁷² Si pensi all'ipotesi degli atti impositivi tributari assoggettati a rigorosi termini decadenziali il cui decorso determina la consumazione della potestà impositiva dell'amministrazione finanziaria in relazione a quella specifica annualità d'imposta.

interessi legittimi pretensivi, essendo imposto all'amministrazione il solo divieto di reiterare il vizio censurato ma non quello di rimettere l'atto con il medesimo contenuto⁷³.

Si, parla, invece di un effetto vincolante "semipieno" o strumentale nell'ipotesi di annullamento per vizi che cadono sul contenuto discrezionale dell'atto che, pur non eliminando il potere dell'amministrazione di provvedere, interviene tuttavia a ridurre i margini di discrezionalità che questa ha a disposizione in sede di rinnovazione.

L'introduzione della tecnica della modulazione da parte della giurisprudenza amministrativa si fonda sull'idea che questi tre effetti, naturalmente riconnessi in modo contestuale ad una sentenza di annullamento, non siano sempre e comunque imprescindibili, rientrando piuttosto nella disponibilità del giudice che, a seconda del caso concreto sottoposto alla propria cognizione ed in ragione della migliore soddisfazione degli interessi in gioco, può modularli in modo flessibile, escludendoli in tutto o in parte o statuendo una loro diversa decorrenza.

Si è già esaminato nei paragrafi precedenti il problema della rinunciabilità all'effetto caducatorio, strettamente correlato alla natura costitutiva dell'azione di annullamento, e il fenomeno della dissociabilità dell'accertamento dell'illegittimità del provvedimento dal suo conseguente annullamento⁷⁴.

Discussa è poi la modulabilità temporale dell'effetto ripristinatorio e, quindi, la possibilità per il giudice amministrativo, in deroga alla naturale retroattività della sentenza di annullamento, di disporre un annullamento con efficacia *ex nunc* e solo *pro futuro*.

L'efficacia retroattiva dell'accertamento costitutivo dell'illegittimità del provvedimento amministrativo contenuto in una sentenza di annullamento e, conseguentemente, la necessità che la pronuncia di tale sentenza determini la rimozione *ex tunc* di tutti gli effetti giuridici e materiali che il provvedimento caducato ha prodotto sin dalla data della sua adozione, costituisce una regola fondamentale del sistema di giustizia amministrativa, risalente alla stessa legge istitutiva della quarta sezione del Consiglio di Stato. La retroattività, infatti, si pone

⁷³ Si veda sul punto A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Padova, 2013, 85.

⁷⁴ Si rinvia per l'analisi della questione ai paragrafi 3 e ss.

come “misura tipica dello Stato di diritto” quale ineluttabile corollario del principio di effettività della tutela che esige l’eliminazione integrale degli effetti dell’atto lesivo difforme dal principio di legalità. Non è un caso che lo stesso Consiglio di Stato, nell’elaborare la tecnica della modulazione temporale, parta proprio dal riconoscimento di tale assunto, dandolo per acquisito e non contestato, sebbene - come si vedrà - attribuendogli una portata non assoluta ed inderogabile.

Come meglio si metterà in luce nel raffrontare la diversa operatività e praticabilità della tecnica modulatoria nell’ambito dell’annullamento d’ufficio, l’annullamento giurisdizionale assolve a funzioni di protezione e di garanzia verso il ricorrente. Lo stesso è, infatti, finalizzato a riparare una lesione originaria della sfera giuridica del ricorrente che si è verificata con l’emanazione del provvedimento e i cui effetti vanno dunque necessariamente rimossi a partire da quella data. Diversamente, se si statuisse una diversa decorrenza dei suoi effetti l’effettività della tutela rischierebbe di essere pregiudicata in quanto non verrebbe assicurata la rimozione di tutti gli effetti che il provvedimento lesivo ha prodotto, consentendo invece ad alcuni di rimanere in piedi pur in costanza di una accertata illegittimità originaria dell’atto⁷⁵. Non va tuttavia sottaciuto come, anche prima della introduzione a livello pretorio del potere di modulazione, tanto la dottrina quanto la giurisprudenza, confrontandosi con il tema della efficacia dell’annullamento, si siano mostrate aperte a metterne in discussione il connotato della retroattività a certe condizioni ed entro precisi limiti, riconoscendovi una portata non assoluta⁷⁶.

Al contrario, la tecnica modulatoria non pone alcun problema di compatibilità rispetto all’effetto conformativo. In particolare, la tecnica costituisce un ulteriore

⁷⁵ Sulla portata necessariamente retroattiva dell’effetto caducatorio della sentenza di annullamento quale conseguenza della natura costitutiva della relativa azione e dell’accertamento dell’illegittimità originaria del provvedimento amministrativo si rinvia a A. M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato*, cit., 412; R. VILLATA, *L’esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 1971, 546 ss.; M. NIGRO, *Giustizia Amministrativa*, cit., 386; E. FERRARI, L. PERFETTI, *Commento all’art. 26 l. T.A.R.*, in A. ROMANO, R. VILLATA, *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Padova, 2009, 870.

⁷⁶ Pone in discussione la natura necessariamente retroattiva dell’annullamento ritenendo legato l’effetto ripristinatorio alle caratteristiche del caso concreto E.CANNADA BARTOLI, *Annullabilità e annullamento (voce)*, cit., 495. Confermano, invece, la natura retroattiva dell’annullamento pur ammettendone limite e possibili deroghe, S. ROMANO, *Annullamento degli atti amministrativi (voce)*, cit., 645; F. MODUGNO, *Annullabilità e annullamento, I) diritto pubblico (voce)*, cit., 8. In giurisprudenza, sulla possibilità di derogare alla retroattività della sentenza di annullamento, ferma l’imprescindibilità dell’effetto eliminativo, Consiglio di Stato, sez. VI, 9 marzo 2011, n. 1488, in www.giustizia-amministrativa.it.

strumento di ampliamento dei contenuti della sentenza di cognizione con il fine di rendere più vincolato il percorso dell'esecuzione amministrativa della sentenza in linea con quanto prescrive l'art. 34, comma 1 lett e) che consente al giudice, già in fase di cognizione, di adottare tutte le "misure idonee ad assicurare l'esecuzione del giudicato".

Facendo ricorso allo strumento modulatorio, infatti, il giudice oltre a disporre un annullamento irretroattivo, può anche evitare del tutto l'effetto caducatorio, limitandosi ad imporre all'amministrazione di adottare un nuovo atto secondo prescrizioni precise impartite entro un termine assegnato, come avvenuto nel *leading case* del piano faunistico venatorio della regione Puglia. E' evidente che qui il contenuto della sentenza di annullamento si incentra sul solo effetto conformativo, che viene dilatato nella sua massima ampiezza, anticipando alla fase cognitoria risultati generalmente ottenibili solo in una successiva ed eventuale fase di ottemperanza, attraverso l'indicazione precisa all'amministrazione del percorso da seguire in fase di riedizione del potere.

Ciò pone due ordini di problemi, relativi alla compatibilità di tale decisione con i principi processualciviltistici della domanda e di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, su cui ci si soffermerà nel prosieguo della trattazione. Infatti, nel richiamato articolo 34, comma 1 lett. e), tali misure dovrebbero essere richieste dalla parte ricorrente, mentre la modulazione è potere costruito come essenzialmente officioso e in ogni caso attivabile a prescindere da un'istanza di parte.

Inoltre, quando la modulazione si risolve nel diniego dell'effetto caducatorio e nella esclusiva disposizione di quello conformativo, con imposizione di precise prescrizioni alla p.a., l'ampliamento del contenuto conformativo della sentenza rischia di celare una pronuncia *ultra petita*, finendo con l'attribuire al ricorrente un'utilità diversa ed ulteriore da quella espressamente richiesta.

3.1 La modulabilità degli effetti nell'annullamento d'ufficio: ragioni di una diversificazione.

Il fenomeno della dissociazione dell'effetto accertativo dell'illegittimità dell'atto rispetto a quello costitutivo del suo annullamento non è del tutto sconosciuto al nostro ordinamento, in quanto già praticato nell'ambito dell'annullamento d'ufficio della pubblica amministrazione nell'esercizio dei propri poteri di autotutela⁷⁷.

In questo caso, infatti, l'amministrazione, pur accertando l'illegittimità del provvedimento fin dalla sua origine, non necessariamente è tenuta a demolirne tutti gli effetti giuridici prodotti, né a ripristinare gli effetti materiali del provvedimento fin dalla data della sua emanazione, ma può dissociare l'effetto accertativo dell'atto dal suo effetto costitutivo. In altri termini, l'amministrazione, ove ricorra al proprio potere di autotutela, può annullare il provvedimento illegittimo anche a partire da un momento successivo e diverso da quello della sua emanazione, tenuto conto che la funzione dell'istituto non è la soddisfazione o reintegrazione della posizione giuridica soggettiva lesa dall'atto, quanto piuttosto il soddisfacimento dell'interesse pubblico che legittima il ricorso al potere di autotutela, che ben potrebbe richiedere una diversa decorrenza degli effetti del provvedimento di secondo grado⁷⁸.

Non è un caso che anche in altri ordinamenti europei la rimozione dell'atto amministrativo illegittimo per effetto di una scelta dell'amministrazione non è necessariamente retroattiva, essendo consentita una modulazione degli effetti dell'atto di ritiro in ragione delle effettive esigenze di interesse pubblico riscontrate

⁷⁷ Sull'istituto dell'annullamento d'ufficio quale espressione del potere di autotutela amministrativa si rinvia nella dottrina classica alle opere di V. ROMANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, cit.; G. CODACCI PISANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, cit.; F. BENVENUTI, *Autotutela (amm.)*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1959, 537; E. CANNADA BARTOLI, *Annulabilità e annullamento (dir. amm.)*, cit., 1958; G. GHETTI, *Annullamento d'ufficio dell'atto amministrativo*, in *Dig. Disc. pubbl.*, I, Torino, 1987; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1988; G. CORAGGIO, *Autotutela*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1991, III, 1; ID., *Annullamento d'ufficio degli atti amministrativi*, in *Enc. Giur.*, 1991, II, 1; G. CORSO, *Autotutela (dir. amm.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, (diretto da) S. CASSESE, Milano, 2006.

⁷⁸ Sugli effetti non necessariamente retroattivi dell'annullamento d'ufficio F. MERUSI *L'affidamento del cittadino*, ora in *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni trenta all'alternanza*, Milano, 2001, 143; G. FALCON, *Questioni sulla validità ed efficacia del provvedimento amministrativo nel tempo*, in *Dir. Amm.*, 2003, 37 ss.; A. CASSATELLA, *Effetti dell'annullamento giurisdizionale e giudizio di ottemperanza, nota a sentenza Consiglio di Stato*, sez. VI, 16 ottobre 2007, n. 5409, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2008, 5, 528; R. DIPACE, *L'annullamento tra tradizione e innovazione: la problematica flessibilità dei poteri del giudice amministrativo*, cit., 1367; A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo*, Napoli 1991, 128 ss. Contrari; V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 531; G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2010, 291; R. CAVALLO PERIN, *Atti e Provvedimenti amministrativi*, in *Trattato Santaniello*, Padova, 1993, 372 che, invece, sostengono l'equiparazione dell'annullamento d'ufficio a quello giurisdizionale anche sotto il profilo della naturale portata retroattiva.

nella fattispecie e mancando qualsiasi automatismo tra la natura dell'atto e la sua efficacia estesa al passato⁷⁹.

E' importante ricordare che in relazione alla speciale ipotesi di annullamento d'ufficio prevista dall'art. 1 comma 136 della l. 311/2004⁸⁰ - sebbene oggi abrogata per effetto dell'entrata in vigore della riforma Madia - il dipartimento della Funzione Pubblica aveva chiarito, con una circolare interpretativa, come rientrasse tra le facoltà dell'amministrazione, in sede di esercizio di tale potere, tenere indenne il destinatario del provvedimento annullato anche limitando l'efficacia temporale dell'annullamento d'ufficio⁸¹.

La riconosciuta praticabilità di un annullamento d'ufficio irretroattivo e *pro futuro*, non può tuttavia costituire, a ben vedere, elemento a supporto della praticabilità della tecnica modulatoria anche nel campo giurisdizionale, attesa l'evidente differenza e non equiparabilità tra l'istituto dell'annullamento giurisdizionale, proprio del giudice amministrativo, e quello in autotutela esercitato dall'amministrazione, che condividerebbero solo la comune denominazione e il presupposto dell'illegittimità del provvedimento, ma non anche la diversa funzione cui assolvono⁸².

⁷⁹ In Germania il fenomeno della soppressione del provvedimento illegittimo da parte dell'amministrazione è definito *Rücknahme*, con una terminologia più prossima al concetto di revoca che di annullamento, ed è espressamente prevista dal § 48 della legge sul procedimento la facoltà per l'amministrazione di eliminare l'atto con effetto per il futuro o per il passato. Analogamente, in Inghilterra tale potere è genericamente definito *revocation* ed ha un campo di applicazione molto ampio interamente rimesso all'autonomia decisionale dell'amministrazione procedente, sia per quanto concerne il tempo in cui esercitarlo, non soggetto a limitazioni, sia per la portata della sua efficacia, prevalendo nettamente l'esigenza di ripristino della legalità sull'affidamento riposto dai destinatari dell'atto e dai terzi. Lo stesso diritto europeo consente la praticabilità di un ritiro *ex nunc* in alternativa a quello *ex tunc* di un atto comunitario illegittimo da parte della medesima Istituzione che l'ha adottato, facendo dipendere la scelta dalla reale situazione delle parti coinvolte. Per un'analisi comparata del potere di annullamento d'ufficio si veda G. FALCON, *Questioni sulla validità ed efficacia del provvedimento amministrativo nel tempo*, cit., 34 ss.

⁸⁰ Il comma 136 citato stabiliva che “*al fine di conseguire risparmi o minori oneri finanziari per le amministrazioni pubbliche, può sempre essere disposto l'annullamento di ufficio di provvedimenti amministrativi illegittimi, anche se l'esecuzione degli stessi sia ancora in corso. L'annullamento di cui al primo periodo di provvedimenti incidenti su rapporti contrattuali o convenzionali con privati deve tenere indenni i privati stessi dall'eventuale pregiudizio patrimoniale derivante, e comunque non può essere adottato oltre tre anni dall'acquisizione dell'efficacia del provvedimento, anche se la relativa esecuzione sia perdurante*”.

⁸¹ Si fa riferimento alla direttiva Ministero della Funzione pubblica, 17 ottobre 2005 in www.funzionepubblica.gov.it.

⁸² Per le diversità tra le due tipologie di annullamento e per la loro non sovrapponibilità, C.E. GALLO, *I poteri del giudice amministrativo in ordine agli effetti delle proprie sentenze di annullamento*, *Dir. Proc. Amm.*, 2012, 285; L. BERTONAZZI, *Sentenza che accoglie l'azione di annullamento amputata dell'effetto eliminativo?*, cit., 1130; G. FALCON, *Questioni sulla validità ed efficacia del*

Nell'annullamento giurisdizionale – come tra l'altro in quello giustiziale - la retroattività degli effetti della pronuncia di annullamento dell'atto illegittimo è collegata alle funzioni di protezione e di garanzia verso il ricorrente. L'annullamento giurisdizionale, infatti, è finalizzato a riparare una lesione originaria che si è verificata con l'emanazione del provvedimento e i cui effetti vanno dunque necessariamente rimossi a partire da quella data. La lesione che legittima l'azione giurisdizionale è immediata, ossia contemporanea all'emanazione dell'atto o alla produzione dei relativi effetti, per cui è logico ritenere che questa forma d'annullamento debba riparare tutta la situazione, eliminando gli effetti materiali dell'atto sin dal momento della sua insorgenza. Ammettere un annullamento giurisdizionale *ex nunc* significherebbe, infatti, ammettere quasi una pronuncia di revoca o riforma dell'atto, con la conseguenza di creare una giurisdizione di merito in ambiti in cui essa non sussiste.

L'annullamento d'ufficio, al contrario, non è finalizzato a riparare una lesione originaria generata dall'adozione del provvedimento, posto tra l'altro che la stessa potrebbe essersi verificata anche in un momento successivo. In questo caso la lesione dell'interesse pubblico deve essere attuale ma non originaria. Ne consegue, almeno sul piano teorico, la modulabilità temporale dell'effetto, con decorrenza dal momento in cui l'amministrazione stessa “dichiara” la lesione.

Non va poi trascurato, nel confronto tra i due istituti, come nel caso dell'annullamento d'ufficio sia la stessa amministrazione a operare la modulazione nella cura di quell'interesse pubblico cui è istituzionalmente preposta e attraverso l'esercizio di una discrezionalità che, per sua natura, le compete, cosa che invece non spetta al giudice amministrativo, se non nelle eccezionali ipotesi di giurisdizione di merito normativamente stabilite. In altri termini, la natura discrezionale del potere di annullamento d'ufficio rende l'istituto compatibile con lo strumento della

provvedimento amministrativo nel tempo, cit., che, sia pur favorevole al riconoscimento della irretroattività dell'annullamento d'ufficio nega, invece, che tale possibilità possa estendersi alle decisioni di tipo giustiziale ove “la retroattività è collegata alle funzioni di protezione e di garanzia verso il ricorrente”. Da ultimo, la diversità e non accostabilità tra le due tipologie di annullamento, quello giurisdizionale *ex art. 29 c.p.a.* e quello d'ufficio *ex art. 21 nonies* della L. 241/90, è stata ribadita dalla giurisprudenza amministrativa, Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza 13 aprile 2015, n. 4 in www.giustizia-amministrativa.it secondo la quale: “La Plenaria non condivide i richiami operati dall'ordinanza di remissione ai poteri di cui all'art. 21 nonies L. 241 del 1990, attenendo essi specificamente (ed esclusivamente, stante la loro natura eccezionale) all'attività amministrativa propriamente detta”.

graduazione degli effetti dell'annullamento: se l'amministrazione ha il potere di non annullare un atto illegittimo o di annullarlo parzialmente, sulla base di una valutazione di opportunità e di ponderazione tra interessi pubblici concorrenti, a maggior ragione le è consentita la facoltà di graduare tale potere sotto il profilo temporale, onde preservare l'affidamento del privato.

Nell'annullamento d'ufficio, com'è noto, l'accertamento dell'illegittimità del provvedimento è condizione necessaria ma di per sé insufficiente a legittimare la rimozione dell'atto, dovendo concorrere un ulteriore e rilevante interesse pubblico che legittimi tale scelta⁸³. In altri termini, alla base dell'annullamento in autotutela vi è un giudizio di ponderazione tra più interessi concorrenti che intanto può essere effettuato in quanto l'operazione è compiuta dalla stessa amministrazione che ha precedentemente adottato quell'atto e che è dotata del potere discrezionale. È evidente come, nell'esercizio di questo potere valutativo, l'amministrazione possa legittimamente stabilire che l'interesse pubblico all'annullamento sussista non a partire dalla data dell'adozione dell'atto ma da un momento posteriore, con salvezza quindi di alcuni degli effetti già prodotti.

Tutto ciò non avviene nel caso dell'annullamento giurisdizionale dove l'accertamento dell'illegittimità fa sorgere di per sé, in presenza della positiva esistenza delle condizioni dell'azione in capo al ricorrente, l'obbligo di rendere una pronuncia di annullamento, salvi i casi degli articoli 21-*octies* L. 241/92 o 34, comma 3 c.p.a.

⁸³ L'esigenza della sussistenza di un interesse pubblico concreto ed attuale, ulteriore rispetto al mero ripristino della legalità e la necessità che l'annullamento sia posto in essere entro un ragionevole lasso temporale dall'adozione del provvedimento sono requisiti, da sempre sostenuti dalla giurisprudenza amministrativa, e oggi codificati dall'art. 21-*nonies* L. 241/90, come di recente implementato dalla l. 124/2015, entrata in vigore il 28 agosto 2015, c.d. riforma Madia, che è intervenuta a quantificare in diciotto mesi il ragionevole termine entro il quale l'amministrazione è legittimata a far ricorso ai propri poteri di annullamento d'ufficio relativamente ai provvedimenti amministrativi attributivi di vantaggi economici. Per i primi commenti sulla portata e i riflessi del recente intervento normativo si rinvia a M. SINISI, *La nuova azione amministrativa: il "tempo" dell'annullamento d'ufficio e l'esercizio dei poteri inibitori in caso di s.c.i.a. Certezza del diritto, tutela dei terzi e falsi miti. Riflessioni a margine della legge 7 agosto 2015, n. 124*, in *Federalismi.it*; V. DI IORIO, *Osservazioni a prima lettura sull'autotutela dopo la legge n. 124/2015*, in *Federalismi.it*. In generale per un commento alla norma, anche prima della specificazione del concetto di ragionevole durata, C. DEODATO, *21-nonies*, in *Codice dell'azione amministrativa*, (a cura di) M.A. SANDULLI, Milano, 2011; M. SINISI, *Il potere di autotutela caducatoria*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, (a cura di) M. A. SANDULLI, Milano, 2015; D. U. GALETTA, *I procedimenti di riesame*, in AA.VV., *La disciplina generale dell'azione amministrativa* (a cura di) V. CERULLI IRELLI; F. TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2005, 843.

In sede di giudizio di legittimità, inoltre, il giudice non è chiamato a svolgere alcun giudizio ponderativo tra le ragioni del privato e gli interessi pubblici dell'amministrazione, perché il processo non è un luogo di confronto tra opposti interessi ma di tutela di situazioni giuridiche soggettive. Se, al contrario, gli si attribuisse il potere di modulare gli effetti delle proprie sentenze di annullamento inevitabilmente il giudice amministrativo sarebbe tenuto ad effettuare un giudizio ponderativo analogo a quello condotto dall'amministrazione in sede di esercizio del potere di annullamento in autotutela.

3.2 *La modulazione degli effetti della sentenza di annullamento: il leading case del Consiglio di Stato, 10 maggio 2011, n. 2755.*

Spingendosi oltre le previsioni normative sopra esaminate, la giurisprudenza amministrativa ha elaborato per la prima volta un ulteriore strumento di dissociazione del binomio indicato, dando ingresso anche nel nostro ordinamento alla tecnica della modulazione temporale degli effetti della sentenza di annullamento.

Con l'ormai nota sentenza n. 2755 del 10 maggio 2011, la quarta sezione del Consiglio di Stato ha, infatti, ritenuto sussistere in capo al giudice amministrativo un generale potere di disporre degli effetti delle proprie sentenze di annullamento, sia nel senso di escludere la produzione dell'effetto caducatorio e ripristinatorio, limitandolo al solo effetto conformativo, sia nel senso di statuire una parziale retroattività degli effetti caducatori, con la loro decorrenza *ex nunc*⁸⁴.

La portata del tutto innovativa della pronuncia per il nostro sistema di giustizia amministrativa è pacificamente riconosciuta in dottrina. Sebbene, infatti,

⁸⁴ Cons. Stato, sentenza 10 maggio 2011, n. 2755, in *Foro amm.*, C.d.S., 2012,2, 427 con nota di C. FELIZIANI, *Oltre le colonne d'Ercole. Può il giudice amministrativo non annullare un provvedimento illegittimo?*; in *Urb. App.*, 2011, 936, con nota di A. TRAVI, *Accoglimento dell'impugnazione di un provvedimento e "non annullamento" dell'atto illegittimo*; in *Dir. Proc. Amm.*, 2012, 2 e 3, 1128 ss. con note di F. LUCIANI, *Processo amministrativo e disciplina delle azioni: nuove opportunità, vecchi problemi e qualche lacuna nella tutela dell'interesse legittimo* e di L. BERTONAZZI, *Sentenza che accoglie l'azione di annullamento amputata dell'effetto eliminatorio?*; in *Giur. it.*, 2012, 439, con nota di E. FOLLIERI, *L'ingegneria processuale del Consiglio di Stato*; in *Giustamm.it*, maggio, 2011, con note di P. QUINTO, *La specificità della giurisdizione amministrativa ed una sentenza di "buon senso"* e di M. SAPIO, *Un caso di sospensione degli effetti caducatori del giudicato amministrativo in applicazione della rilevanza del diritto europeo sul diritto nazionale*; in *Il nuovo diritto amministrativo*, 2012 con nota di F. CARINGELLA, *La giurisprudenza amministrativa regala all'interesse legittimo l'atipicità della tutela*; ID, *L'annullamento a geometrie variabili nella più recente giurisprudenza amministrativa*, in *Giur. It.*, 2012, 2177.

siano riscontrabili precedenti richiamati dallo stesso Consiglio di Stato a supporto dell'elaborazione della tecnica, si tratta di casi non del tutto coincidenti con quello in oggetto, in cui resta impregiudicata la produzione del tipico effetto caducatorio dell'atto illegittimo mentre si esclude in parte solo l'effetto ripristinatorio⁸⁵. Inoltre, anche se prima di questa pronuncia non sono mancati orientamenti della giurisprudenza amministrativa che hanno evitato effetti retroattivi automatici dannosi per il pubblico interesse e non utili per il ricorrente, si tratta di casi in cui il giudice amministrativo non aveva inciso direttamente sugli effetti dell'annullamento, ma su quelli dell'attività ripristinatoria o conformativa successiva, individuando già in fase cognitoria i comportamenti dell'amministrazione successivi all'annullamento⁸⁶. Ulteriori ipotesi di annullamento a "retroattività limitata" riguardano poi i casi di illegittimità sopravvenuta del provvedimento amministrativo, rispetto ai quali l'annullamento non ha effetto integralmente retroattivo, ma decorre da quando l'illegittimità sopravvenuta si è verificata ma che, tuttavia, non costituiscono una deroga al principio generale della retroattività dell'effetto caducatorio della sentenza di annullamento, in quanto rispondono al principio generale per cui la legittimità di un provvedimento deve essere apprezzata con riferimento allo stato di fatto e di diritto esistente al momento della sua emanazione, con irrilevanza delle sopravvenienze normative⁸⁷.

Nel caso di specie, i giudici di Palazzo Spada hanno riformato la decisione con cui il tribunale amministrativo regionale pugliese aveva respinto il ricorso, proposto da un'associazione ambientalista, per l'annullamento di un atto amministrativo generale, il piano faunistico venatorio regionale 2009-2014, censurando la mancata attivazione del procedimento di valutazione ambientale strategica (V.A.S.). Accogliendo la tesi dell'associazione appellante, il Consiglio di Stato affermava la necessità di attivare il procedimento di valutazione ambientale strategica anche per il piano faunistico venatorio, ritenendo insufficiente la sola

⁸⁵ Cons. Stato, 9 marzo 2011, n. 1488 in *Foro amm.- C.d.S.*, 2011, 952. Nel caso in esame, annullato il provvedimento di destituzione di un impiegato pubblico il Consiglio di Stato non riconosce al medesimo il diritto agli emolumenti arretrati in considerazione della gravità dei comportamenti addebitati pur non bastanti a giustificare il provvedimento espulsivo.

⁸⁶ Per un esame di queste casistica giurisprudenziale C. E. GALLO, *I poteri del giudice amministrativo in ordine agli effetti delle proprie sentenze di annullamento*, cit., 289 ss.

⁸⁷ E' il tipico caso dell'atto amministrativo posto in essere a seguito di una norma dichiarata incostituzionale o conforme ad un decreto legge successivamente non convertito.

valutazione d'incidenza prevista dalla legge regionale e giudicando pertanto illegittimo, perché affetto dal vizio di violazione di legge, il piano faunistico impugnato.

Tuttavia, invece di limitarsi a far discendere dall'accertamento di tale illegittimità le conseguenze tipiche di una sentenza di annullamento, il Consiglio di Stato ha ritenuto opportuno precisare gli effetti che da tale accertamento sarebbero derivati. In particolare, i giudici amministrativi hanno mantenuto fermi tutti gli effetti già prodotti dall'atto impugnato, ne hanno dichiarato l'efficacia e l'illegittimità fino all'adozione del nuovo strumento urbanistico e, infine, hanno assegnato alla Regione Puglia un termine di dieci mesi, decorrente dalla notificazione della sentenza, entro il quale procedere alla rinnovazione del piano faunistico venatorio previa acquisizione della valutazione di impatto ambientale.

In sostanza, il Consiglio di Stato ha disposto un annullamento con efficacia meramente conformativa evitando tanto l'effetto caducatorio-eliminatorio dell'atto, nonostante l'accertamento della sua illegittimità, quanto la produzione dell'effetto ripristinatorio, avendo salvaguardato tutti gli effetti *medio tempore* prodotti dall'atto impugnato e ammettendolo a produrne ulteriori fino all'adozione del nuovo piano sostitutivo del precedente.

Per giungere all'introduzione nel sistema di giustizia amministrativa vigente della tecnica della modulazione temporale il Consiglio di Stato non ha rinnegato la natura costitutiva e la portata tradizionalmente retroattiva della sentenza di annullamento; al contrario, esso è partito proprio dall'assunto della vigenza nel nostro ordinamento della regola, di elaborazione pretoria, dell'annullamento *ex tunc* come conseguenza dell'accoglimento dell'azione di annullamento. Tale regola fondamentale, che risale alla legge istitutiva della sua Quarta sezione costituisce, infatti, per il Consiglio di Stato la "misura tipica dello Stato di diritto" quale ineluttabile corollario del principio di effettività della tutela che esige l'eliminazione integrale degli effetti dell'atto lesivo difforme dal principio di legalità.

Tuttavia, il supremo Collegio ha osservato come tale regola vada necessariamente temperata quando la sua rigida applicazione può condurre a risultati "incongrui" e "manifestamente ingiusti" risolvendosi in una violazione di quello stesso principio di effettività della tutela giurisdizionale di cui dovrebbe invece

costituire espressione. Ciò avviene, secondo i giudici amministrativi, quando – come nel caso in esame – l’annullamento dell’atto illegittimo non solo appaia del tutto inidoneo a soddisfare il bene della vita e la pretesa sostanziale avuta di mira dal ricorrente vittorioso ma, allo stesso tempo, generi nel sistema un vuoto giuridico pregiudizievole per la tutela dell’interesse pubblico alla cui cura l’atto sarebbe preposto.

Non è un caso, infatti, che l’elaborazione di questa innovativa tecnica da parte della giurisprudenza amministrativa sia avvenuta in relazione ad un’ipotesi di annullamento di un atto amministrativo generale, qual è uno strumento di pianificazione urbanistica, che in quanto tale non ha un solo destinatario individuato ma si rivolge a una generalità di soggetti non già identificati sin dal momento della sua adozione e soprattutto in una fattispecie in cui il ricorrente è un’associazione ambientalista, che non agisce a tutela della propria sfera giuridica individuale ma sulla scorta di una legittimazione *ex lege*, a tutela di un interesse diffuso qual è la tutela dell’ambiente, tra l’altro di rilevanza comunitaria⁸⁸.

Diverse le argomentazioni addotte dal Supremo Consesso amministrativo a sostegno dell’attribuzione al giudice amministrativo di questo nuovo potere.

In primo luogo il Consiglio di Stato individua nell’assenza, tanto nella normativa sostanziale quanto in quella processuale, di una norma che vieti al giudice amministrativo l’esercizio del potere di determinare gli effetti delle proprie sentenze una buona ragione per sostenere che se il legislatore ordinario non lo vieta lo stesso debba ritenersi astrattamente consentito. Per di più, secondo i giudici di Palazzo Spada, esisterebbero diversi indici normativi che, al contrario, deporrebbero nel senso di ammettere l’esercizio di un tale potere. Il riferimento è all’art. 21-*nonies* della L. n. 241/90 e all’art. 34, comma 1, lett. a) del codice del processo amministrativo, ma soprattutto agli artt. 121 e 122 c.p.a che nell’attribuire al giudice amministrativo l’esercizio di un potere valutativo sulla determinazione dei concreti effetti della pronuncia di annullamento degli atti di gara, di fatto, riconoscerebbero

⁸⁸ Si tratta di una legittimazione speciale conferita dall’art. 18 L. n. 349/1986. Come si vedrà nell’esaminare la successiva evoluzione che l’uso della tecnica modulatoria ha registrato presso la giurisprudenza amministrativa anche di merito, la maggior parte dei casi in cui i giudici amministrativi ne hanno fatto concreto uso riguardano ipotesi in cui è venuta in rilievo l’illegittimità di atti a portata generale il cui annullamento retroattivo è di fatto in grado di generare vuoti pregiudizievoli per l’intero sistema.

l'esistenza di tale potere in termini generali e non settorialmente limitati al solo ambito del contenzioso dei contratti pubblici.

Soccorrerebbe poi, a supporto della tecnica, il principio di congruenza e di non contraddizione in virtù del quale, se l'ordinamento comunitario attribuisce a livello normativo alla Corte di Giustizia il potere di precisare gli effetti dell'atto annullato da considerarsi definitivi, e se la stessa Corte ha da tempo affermato che il principio dell'efficacia *ex tunc* dell'annullamento - seppur costituente la regola - non ha portata assoluta potendo statuire che l'atto illegittimo conservi propri effetti sino a che l'istituzione comunitaria modifichi o sostituisca l'atto impugnato, non può allora disconoscersi che tale potere possa essere esercitato anche dai giudici nazionali chiamati a garantire nei rispettivi sistemi l'applicazione uniforme del diritto europeo⁸⁹. Ciò è tanto più vero in settori, quali quello ambientale, in cui vi è competenza concorrente dell'Unione e degli Stati membro, rispetto ai quali, pertanto, non potrebbero prevedersi standards di tutela delle posizioni giuridiche rilevanti differenti a secondo che l'atto sia posto in essere a livello europeo o nazionale.

Secondo il Supremo Collegio, inoltre, il potere di modulazione temporale degli effetti della sentenza di annullamento costituirebbe strumento di attuazione del principio di rilevanza costituzionale e comunitaria di effettività della tutela giurisdizionale, oggi espressamente recepito anche dall'art. 1 del codice del processo amministrativo nella parte in cui prevede il potere del giudice amministrativo di emettere statuizioni che risultino in concreto soddisfattive dell'interesse fatto valere.

L'uso di tale potere, infatti, consentirebbe di evitare annullamenti non soddisfattivi per il ricorrente in quanto inidonei a garantirgli il conseguimento dell'utilità concretamente avuta di mira e spettante in base all'ordinamento

⁸⁹ Sul potere della Corte di giustizia dell'Unione Europea di statuire la perduranza, in tutto o in parte, degli effetti dell'atto risultato illegittimo e di praticare la tecnica della modulazione temporale degli effetti delle proprie sentenze di annullamento, si rinvia per una più approfondita indagine al successivo Capitolo 3. Si anticipa, in questa sede, come tale potere già da tempo riconosciuto alla Corte dall'art. 231 del Trattato Istitutivo della CE ha subito un notevole ampliamento del proprio campo di operatività per effetto dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona sul funzionamento dell'Unione Europea che, eliminando nell'attuale formulazione dell'art. 264 TFUE il riferimento alla categoria dei regolamenti, ha di fatto esteso tale possibilità a tutte le categorie di atti comunitari a prescindere dalla loro natura e qualificazione giuridica, con ciò recependo il consolidato orientamento della giurisprudenza della Corte che si è sempre mostrata propensa ad un'applicazione estensiva della tecnica modulatoria. In tal senso si richiama Corte di Giustizia, 10 gennaio 2006, C-178/03; 3 settembre 2008, C-402/05 e 415/05; 22 dicembre 2008, C-333/07 richiamate dallo stesso Consiglio di Stato italiano nella pronuncia analizzata.

sostanziale, specie quando ci si trovi al cospetto di pretese sostanziali che non trovano nell'annullamento il proprio rimedio soddisfacente. E' quanto accade quando, come nel caso di specie, il ricorrente impugni il provvedimento deducendone l'illegittimità nella parte in cui lo stesso non tutela sufficientemente ed in modo adeguata la posizione giuridica di cui è titolare. In tali casi la rimozione del provvedimento e degli effetti sinora prodotti si risolverebbe in una misura, non solo inadeguata, ma addirittura più pregiudizievole per il ricorrente che si vedrebbe sottratta anche quel minimo di tutela che il provvedimento è idoneo a garantirgli.

3.3 La successiva evoluzione giurisprudenziale in materia di modulazione temporale.

L'innovativa pronuncia del Consiglio di Stato in materia di modulazione temporale non è rimasta, come taluno aveva prospettato, una decisione isolata nel panorama della giurisprudenza amministrativa ma, al contrario, ha registrato un notevole seguito, trovando più volte applicazione da parte della giurisprudenza di merito che ne ha persino ampliato i margini di applicazione oltre le ipotesi di impugnativa di atti amministrativi generali da parte di enti esponenziali.

La prima pronuncia adesiva in cui si è fatto applicazione dei principi fissati dal Consiglio di Stato in materia di modulazione temporale è stata resa dal TAR Abruzzo nel giudizio di impugnazione delle norme tecniche di attuazione di un piano regolatore generale comunale per mancata sottoposizione preventiva delle stesse alla acquisizione della valutazione di impatto ambientale⁹⁰. In particolare il ricorrente, che nel caso di specie, diversamente da quello sottoposto alla cognizione del Consiglio di Stato nella sentenza esaminata, era una società privata portatrice di un interesse individuale alla rimozione del provvedimento illegittimo, impugnava la delibera consiliare con cui il Comune di Vasto, approvando una variante al PRG esistente, sottoponeva l'area di sua proprietà - rispetto alla quale aveva già richiesto il rilascio del permesso di costruire ottenendo un esito favorevole dell'istruttoria con

⁹⁰ TAR Abruzzo, sez. Pescara, 13 dicembre 2011, n. 693 in *Urb. App.*, 2012, 707, con nota di S. FOÀ, *Annulamento ex nunc e condanna dell'amministrazione ad un facere specifico*; in caso analogo Tar Abruzzo, sez. Pescara 13 dicembre 2011, n. 700 in *Giur. It.*, 2012, 2177, con nota di F. CARINGELLA, *L'annullamento a geometrie variabili nella più recente giurisprudenza amministrativa*.

notifica dell'invito a corrispondere gli oneri di urbanizzazione - alla preventiva approvazione di un piano attuativo ai fini della successiva edificazione. Il ricorrente chiedeva al Tar adito di accertare la formazione di un valido titolo abilitativo nei suoi confronti e di annullare la variante per violazione dell'art. 10 della legge urbanistica nazionale, non essendo stata preventivamente sottoposta alla valutazione d'impatto ambientale. Nell'accogliere il ricorso il Tar adito, sollecitato con memoria dalla stessa parte ricorrente, ritiene opportuno fare uso del potere di modulare gli effetti scaturenti dalla propria sentenza di annullamento, richiamando sul punto l'autorevole precedente del Consiglio di Stato. Nello specifico, l'organo giudicante annulla con efficacia *ex tunc* le norme tecniche di attuazione nella sola parte in cui sottopongono l'edificabilità dell'area di proprietà del ricorrente alla preventiva approvazione di un piano attuativo; dispone per la restante parte un annullamento con efficacia *ex nunc* a partire dal momento - successivo all'adozione delle norme tecniche - in cui è mancata la VIA, assegnando contestualmente all'amministrazione comunale un termine di otto mesi per sottoporle alla valutazione ambientale, prevedendo che, in mancanza, la variante perderà efficacia retroattivamente con riviviscenza della precedente normativa.

In sostanza, il giudice di merito adegua gli effetti della propria sentenza alle concrete utilità pretese dal ricorrente vittorioso, evitando al contempo di determinare un nocumento all'interesse generale della salvaguardia del territorio a cui presidio sono posti gli strumenti urbanistici. Pur avendo impugnato le norme attuative del PRG nel loro complesso, infatti, il ricorrente ha un concreto interesse a ottenere una rimozione retroattiva limitatamente alla parte in cui le stesse gli impediscono una diretta edificazione dell'area di sua proprietà. L'annullamento retroattivo dell'intero strumento urbanistico, ancorché illegittimo, non solo non sarebbe risultato di alcuna utilità al ricorrente, ma al contempo avrebbe generato un pregiudizio all'interesse pubblico al corretto e razionale sfruttamento del territorio cui è preposto il piano regolatore e i suoi allegati, privando di fatto il Comune della loro esistenza e travolgendo tutti gli atti che sulla scorta del medesimo erano stati *medio tempore* concessi dall'amministrazione, con evidente pregiudizio anche dei diritti acquisiti da terzi in buona fede.

Mentre in un primo momento la tecnica della modulazione temporale ha trovato il proprio campo di operatività nel settore dell'impugnazione di atti amministrativi generali destinati ad una categoria ampia e non già identificata di destinatari, la giurisprudenza di merito si è successivamente spinta oltre, applicando la tecnica anche a ipotesi di atti individuali⁹¹.

È il caso dell'impugnazione di un provvedimento scolastico di non ammissione di un'alunna all'anno di corso successivo e degli atti presupposti che avevano condotto alla mancata promozione della studentessa alla classe successiva per mancato superamento di due prove di "riparazione". Deduceva la ricorrente come tali provvedimenti fossero affetti dal vizio di eccesso di potere per carenza di istruttoria e di motivazione oltre che per ingiustizia manifesta e disparità di trattamento in quanto la mancata ammissione sarebbe stata frutto di una condotta dell'insegnante persecutoria nei confronti dell'alunna e non di una effettiva valutazione tecnica negativa della sua preparazione nelle due materie⁹².

Il Tar accoglie il ricorso proposto ma, in ragione della pretesa sostanziale dedotta in giudizio, e in vista dell'eventuale domanda di ristoro dei danni sofferti, dispone che l'annullamento abbia efficacia solo *ex nunc*, facendo salva ed impregiudicata la successiva carriera scolastica della ricorrente.

Nella fattispecie esaminata, infatti, la naturale portata retroattiva della sentenza di annullamento, non solo sarebbe stata "*inutiliter data*" ma avrebbe rischiato di pregiudicare e di mettere in dubbio la validità della carriera scolastica utilmente percorsa dalla ricorrente nelle more del giudizio. I giudici liguri richiamano a supporto la pronuncia del Consiglio di Stato del 2011 ma, di fatto, ne ampliano il campo di operatività, estendendo l'uso della tecnica modulatoria anche agli atti amministrativi individuali.

Una peculiare applicazione pratica della tecnica della modulazione temporale è stata attuata dal Tar Lazio⁹³ allo scopo di attenuare le disfunzioni derivanti dall'ordine di esame del ricorso incidentale escludente rispetto a quello principale, a

⁹¹ Tar Liguria, sez. II, 22 gennaio 2014, n. 102 in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁹² Il giudizio negativo sarebbe stato espresso in assenza di voti sul registro dell'insegnante e senza alcuna congrua motivazione alternativa delle scelte operate. Sarebbe stata poi omessa la prescritta valutazione complessiva della preparazione della studentessa, del suo *curriculum* e della possibilità di proficuo accesso alla classe successiva.

⁹³ Tar Lazio, Roma, sez. II ter, 13 luglio 2012, n. 6418 in *www.giustizia-amministrativa.it*.

seguito dell'affermazione del principio di priorità logica affermata per effetto del primo dei numerosi interventi in materia da parte dell'Adunanza plenaria nel 2011⁹⁴.

Si tratta della classica fattispecie in materia di appalti pubblici in cui alla gara abbiano preso parte tre imprese di cui la terza classificata, non aggiudicataria, con ricorso principale deduce censure volte al travolgimento dell'intera procedura concorsuale, con conseguente emersione dell'interesse strumentale alla rinnovazione della procedura, mentre le prime imprese classificate propongono ricorso incidentale escludente finalizzato a far rilevare l'insussistenza di requisiti di partecipazione da parte della ricorrente principale e, conseguentemente, l'assenza da parte della stessa della legittimazione ad agire.

L'applicazione del principio di priorità logica del ricorso incidentale escludente, affermato dall'Adunanza plenaria, avrebbe infatti condotto nel caso di specie all'ingiusto sacrificio dell'interesse strumentale della rinnovazione della gara illegittima da parte del ricorrente principale, a fronte dell'accertamento della effettiva illegittimità della procedura concorsuale.

Facendo uso della tecnica modulatoria, i giudici di merito trovano una soluzione di compromesso per rispettare l'ordine di priorità affermato, ma al contempo salvaguardare anche questo interesse. Il Tar accoglie il ricorso incidentale ma statuisce una mera portata *ex nunc* della pronuncia in modo che non venga meno *ab origine* la legittimazione ad agire del ricorrente principale e si possa, quindi, accogliere il ricorso proposto in via principale, disponendo l'annullamento della gara.

Il ricorso all'uso dello strumento modulatorio in questa peculiare fattispecie, oltre ad apparire discutibile, è oggi privo di utilità in quanto superato dai recenti

⁹⁴ Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 7 aprile 2011, n. 4, cit. Sul tema del ricorso incidentale escludente e delle problematiche che pone in punto di legittimazione a ricorrere, G. TROPEA, *L'interesse strumentale a ricorrere: una categoria al bivio?*, cit., 703 ss.; B. MARCHETTI, *Recensione a: Giuseppe Tropea, Il ricorso incidentale nel processo amministrativo*, cit., 263; D.U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri nell'Unione Europea: Paradise Lost?*, Torino, 2009; R. GIOVAGNOLI, *Ricorso incidentale e parità delle parti*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2009; R. VILLATA, *Riflessioni in tema di ricorso incidentale nel giudizio amministrativo di primo grado*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 308; ID, *L'Adunanza plenaria interviene sui rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale*, in *Dir. Proc. Amm.* 2013, 1186; S. D'ANCONA, *Riflessioni sul rapporto tra ricorso principale e incidentale alla luce della direttiva ricorsi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, 37; A. GIANNELLI, *Il revirement della Plenaria in tema di ricorsi paralizzanti nelle gare a due, le nubi si addensano sulla nozione di interesse strumentale*, in *Dir. Proc. Amm.* 2013, 1119.

sviluppi della Corte di giustizia che da ultimo è tornata a pronunciarsi sull'ordine di trattazione dei ricorsi⁹⁵.

In una diversa fattispecie il potere di modulazione temporale è stato utilizzato dal Tribunale amministrativo regionale dell'Umbria per tutelare interessi di natura economico finanziaria ed evitare che il travolgimento con efficacia retroattiva dell'atto illegittimo producesse squilibri a carico del sistema finanziario della regione. In particolare, il TAR ha annullato la deliberazione con cui la Giunta regionale aveva introdotto un'aliquota impositiva sulle prestazioni rese *intra moenia*, causando così la diminuzione della concorrenzialità delle prestazioni erogate in questo regime dai medici esercenti l'attività libero professionale⁹⁶. Rilevano i giudici amministrativi come nella fattispecie esaminata l'interesse dei medici ricorrenti sia solo quello di ripristinare *ex nunc* il corretto confronto concorrenziale e il libero svolgimento dell'attività libero professionale intramuraria, laddove la retroattività degli effetti dell'annullamento sarebbe stata oltremodo "incongrua ed iniqua" potendo determinare, senza alcun apprezzabile vantaggio per gli istanti, deleteri squilibri finanziari.

Lo stesso Consiglio di Stato, ha avuto modo di confermare in successive pronunce il proprio orientamento in materia di modulazione temporale, in fattispecie anche diverse e progressivamente più ampie di quella originaria che ha occasionato l'elaborazione della tecnica.

In particolare il supremo organo di giustizia amministrativa, ha fatto contestuale uso della tecnica modulatoria e del meccanismo di conversione processuale di cui all'art. 34 comma 3 c.p.a. Dopo aver accertato l'illegittimità di un provvedimento comunale di "autorizzazione" all'occupazione di una porzione di suolo pubblico, nella parte in cui derogava al limite massimo di spazio autorizzabile, in violazione di quanto disposto dal regolamento comunale e in assenza di congrua istruttoria e motivazione idonea a supportare la deroga operata, ha rilevato come il

⁹⁵ Si tratta di Corte giustizia UE, Grande Camera, 5 aprile 2016, C-689/13, *Puligienica c/Airgest spa*, in www.curia.europa.eu, con la quale la Corte ha sancito il principio per cui l'art. 1 della direttiva 89/665/CEE del 21.12.1989 deve essere interpretato nel senso che osta a che un ricorso principale proposto da un offerente, il quale abbia interesse ad ottenere l'aggiudicazione dell'appalto e che sia stato leso a causa di presunte violazioni di direttive europee in materia di appalti sia dichiarato irricevibile in applicazione di norme processuali nazionali che prevedono l'esame prioritario del ricorso incidentale di altro offerente.

⁹⁶ TAR Umbria, sez. I, 18 gennaio 2013, n. 20 in www.giustizia-amministrativa.it.

decorso dell'arco temporale interessato dalla disciplina dettata dal provvedimento impugnato non comportava l'improcedibilità del ricorso, in quanto permaneva l'interesse della parte ricorrente allo scrutinio della legittimità della determinazione in relazione ai profili risarcitori e all'effetto conformativo della sentenza con riguardo alla disciplina applicabile per gli anni successivi⁹⁷. Ha pertanto dichiarato l'illegittimità del provvedimento, senza disporre il consequenziale annullamento - atteso l'esaurimento dell'efficacia dell'atto - a fini meramente conformativi e vincolanti per il successivo riesercizio del potere da parte dell'amministrazione comunale e, contestualmente, per finalità risarcitorie.

L'esercizio del potere modulatorio è poi stato esteso anche in sede di giudizio di ottemperanza proposto a norma dell'art. 112 comma 5 c.p.a. per richiesta di chiarimenti in merito alle modalità di attuazione di una sentenza di annullamento. In questa circostanza, nel ribadire la correttezza della scelta operata nell'annullare la delibera dell'Autorità Garante delle Comunicazioni che aveva ridotto la tariffa di un servizio telefonico, pur in assenza di significativi elementi di novità e senza attendere le conclusioni dell'analisi di mercato, il giudice dell'ottemperanza esclude l'immediato effetto ripristinatorio scaturente dall'annullamento della delibera autorizzando, in via interinale e straordinaria, il mantenimento degli effetti della delibera annullata allo scopo di non creare un vuoto regolativo e normativo in applicazione del principio di continuità e di buon andamento dell'azione amministrativa⁹⁸.

La tendenza in atto ha condotto, di recente, la quinta sezione del Consiglio di Stato a rimettere all'Adunanza plenaria la questione circa la possibilità per il giudice amministrativo - in applicazione dei principi fondanti la giustizia amministrativa - di modulare la tutela spettante a chi abbia fondatamente impugnato gli atti di una procedura concorsuale quando l'annullamento dell'atto sottragga il bene della vita ad uno o più controinteressati, senza poterlo attribuire al ricorrente neppure sotto forma di *chance* di soddisfazione, facendo cessare rapporti di lavoro in corso da tempo.

In concreto il quesito posto all'Adunanza riguarda la possibilità di fare applicazione dell'art. 34 comma 3 c.p.a., anche ove il ricorrente abbia chiesto

⁹⁷ Consiglio di Stato, 26 gennaio 2012, n. 340 in www.giustizia-amministrativa.it.

⁹⁸ Consiglio di Stato, n. 363/2013 per ottemperanza della sentenza del Consiglio di Stato, n. 21/2013, in www.giustizia-amministrativa.it.

soltanto l'annullamento degli atti risultati illegittimi e non abbia nel corso del giudizio mostrato la perdita d'interesse alla pronuncia di una sentenza, in modo da evitare di pronunciare l'annullamento della graduatoria di un concorso, ancorché risultata illegittima per un vizio non imputabile ad alcun candidato, e disponendo che al ricorrente spetti solo un risarcimento del danno⁹⁹. Ciò quando la pronuncia giurisdizionale sopraggiunga a distanza di molti anni dall'approvazione della graduatoria e nomina dei vincitori e l'annullamento comporti un impatto devastante sulla vita loro e delle loro famiglie. In altri termini, quando l'annullamento dell'atto illegittimo, lungi dal fornire una vera tutela reale del ricorrente, sia esclusivamente fonte di danni sproporzionati per i controinteressati che non abbiano concorso a determinare l'illegittimità dell'atto.

Nella fattispecie esaminata era stato impugnato il provvedimento di mancata ammissione della ricorrente alle prove orali di un concorso pubblico per titoli ed esami bandito dal Comune de L'Aquila, oltre che la delibera comunale di nomina della Commissione, gli atti della procedura concorsuale e i verbali della Commissione esaminatrice. La ricorrente denunciava un vizio nel provvedimento prodromico di costituzione della Commissione d'esame, per contrasto con l'art. 37 del Regolamento organico del Comune, oltre che per violazione del successivo art. 46, non avendo la Commissione proceduto, preventivamente all'espletamento delle prove concorsuali, a stabilire i criteri e le modalità di valutazione delle prove sostenute.

Il Tar rigettava il ricorso e la sentenza veniva di seguito impugnata. Tuttavia, la trattazione della causa da parte del Consiglio di Stato interveniva a distanza di circa tredici anni dal deposito della prima pronuncia quando, con ogni evidenza, la situazione di fatto era ormai profondamente mutata rispetto a quella originaria e si erano *medio tempore* consolidate le posizioni dei soggetti dichiarati vincitori della procedura¹⁰⁰.

⁹⁹ Consiglio di Stato, sezione V, ordinanza 22 gennaio 2015, n. 284 in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁰⁰ Nella specie l'assunzione dei vincitori era avvenuta circa quindici anni prima della rilevazione dei vizi del procedimento con la pronuncia del Consiglio di Stato. Alcuni di questi erano nel frattempo progrediti in carriera nell'ambito della medesima amministrazione o avevano utilizzato il titolo di servizio maturato per accedere a posizioni dirigenziali, con evidente sproporzione dei pregiudizi che avrebbero sofferto i controinteressati dal travolgimento con efficacia retroattiva degli atti della originaria procedura concorsuale.

Cionostante, né nel corso della pendenza del giudizio di appello, né in sede di udienza di trattazione, la ricorrente aveva mai fatto rilevare il venir meno del proprio interesse rispetto all'annullamento dell'atto originariamente impugnato o manifestato un interesse al solo accertamento dell'illegittimità del provvedimento per finalità meramente risarcitorie; al contrario aveva sempre ribadito il proprio interesse a ottenere l'annullamento degli atti di gara e la rinnovazione della procedura concorsuale.

Sicché, una volta riconosciuta l'effettiva illegittimità degli atti contestati sulla scorta dei vizi denunciati, il Consiglio di Stato si è trovato di fronte alla necessità di far fronte al "danno sociale" che sarebbe derivato da una pronuncia di annullamento disposta "automaticamente".

Facendo applicazione dei principi di giustizia già enunciati a partire dalla sentenza n. 2755 del 2011 e del principio di proporzionalità inteso nella sua accezione etimologica di senso di equità e giustizia, il Collegio ha ritenuto che costituisca un principio generale dell'ordinamento quello per cui il giudice amministrativo debba farsi carico delle conseguenze delle proprie pronunce, verificando se esse risultino conformi ai principi sopra enunciati. In quest'ottica l'annullamento dell'atto autoritativo illegittimo rappresenterebbe la misura tipica ed imprescindibile di giustizia solo quando la sua rimozione attribuisca il bene della vita al ricorrente vittorioso o quando sia strumentale a salvaguardare i valori primari dell'ordinamento. Se invece esso non appare solo inidoneo a garantire l'attribuzione al ricorrente di tale bene, almeno sotto forma di *chance* di aggiudicazione, ma addirittura determina la sua sottrazione ai controinteressati incolpevoli dell'illegittimità dell'atto, tale misura deve poter essere negata, e al giudice dovrebbe essere consentito accordare al ricorrente una forma di tutela sostitutiva ed equivalente, sotto forma di risarcimento del danno sofferto, pur in assenza di una specifica domanda, applicando cioè "d'ufficio" l'art. 34 comma 3 c.p.a.

In sostanza il Consiglio di Stato, spingendosi oltre i limiti originariamente fissati in sede di elaborazione della tecnica della modulazione temporale, ritiene di poter far applicazione della stessa per modulare non semplicemente gli effetti di un annullamento giurisdizionale ma gli strumenti stessi di tutela a disposizione del privato, sostituendo d'ufficio un'originaria domanda di annullamento con una di

condanna, quando ciò sia strumentale a soddisfare le esigenze sopra evidenziate. Il quesito ha tuttavia trovato riposta negativa da parte dell'Adunanza Plenaria con una sentenza che presenta profili di indubbio interesse per il tema oggetto d'indagine¹⁰¹.

Da un lato, è stata riaffermata la centralità del principio della domanda¹⁰² nel processo amministrativo, con conseguente impossibilità per il giudice amministrativo di limitarsi *ex officio* a condannare l'amministrazione al risarcimento dei danni conseguenti agli atti illegittimi impugnati anziché procedere al loro annullamento, ove questo abbia formato oggetto della domanda dell'istante e in ordine al quale persista il suo interesse¹⁰³. Chiarisce, infatti, il Supremo collegio come l'azione di

¹⁰¹ Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 13 aprile 2015, n. 4 in *www.giustizia-amministrativa.it*.

¹⁰² Anche il processo amministrativo come quello civile, pur nella diversità della struttura, è retto dal principio processuale della domanda e di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato sanciti dagli artt. 99 e 112 c.p.c. in base ai quali: “*Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve proporre domanda al giudice competente*” e “*il giudice deve decidere su tutta la domanda e non oltre i limiti della stessa*”. Tale principio comporta, oltre all'impossibilità per il giudice di statuire d'ufficio in ordine alla posizione giuridica soggettiva controversa se la questione non è stata sottoposta alla propria cognizione per effetto della proposizione di una domanda giudiziale, l'instaurazione di uno stretto legame di correlazione tra la domanda proposta dall'attore/ricorrente e il contenuto della statuizione resa dal giudice all'esito del giudizio instaurato. In base a tale rapporto la domanda attorea svolge contestualmente il ruolo di far nascere in capo al giudice adito il dovere di pronunciarsi e allo stesso tempo di delimitazione ai poteri decisori del giudice, segnando il perimetro entro e non oltre i quali gli stessi possono e devono essere esercitati. Dall'applicazione pratica di tale principio deriva che il giudice, sia civile che amministrativo, è tenuto a pronunciarsi sull'intero ambito del diritto o dei diritti affermati – in quanto se restassero margini di quel diritto prospettato non coperto dalla pronuncia la stessa sarebbe affetta dal vizio di c.d. *omissione di pronuncia* – ma non oltre l'ambito degli stessi, perché l'eventuale margine di pronuncia estraneo all'ambito delimitato renderebbe la stessa viziata dal c.d. *vizio di ultrapetizione*. E' in questo senso che si parla di *disponibilità dell'oggetto del processo* in capo al soggetto che propone la domanda dal momento che attraverso la stessa questi vincola e limita il giudice nell'oggetto del suo giudizio. Per un'analisi del principio della domanda nella dottrina processualcivile si rinvia, tra gli altri, a C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2015, 99 ss.; T. CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in *Studi in onore di Enrico Redenti*, Milano, 1955, II, 741 ss.; C. CONSOLO, *Domanda giudiziale (voce)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. VII, Torino, 1991, 44 ss.; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2006; G. VERDE, *Profili del processo civile*, Napoli, 2002, 96 ss.

¹⁰³ Il principio della domanda e quello di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, non sono riprodotti espressamente e singolarmente nel codice del processo amministrativo, anche se l'art. 34, co. 1, del medesimo codice stabilisce, in perfetta consonanza con essi, che “*in caso di accoglimento del ricorso il giudice, nei limiti, della domanda*” eroga le varie forme di tutela ivi disciplinate. In ogni caso, trattandosi di principi generali, devono intendersi compresi nella clausola di rinvio esterno prevista dall'art. 39, co. 1, c.p.a. non rinvenendosi su tali aspetti nel processo amministrativo “*una sufficiente ed esaustiva declinazione regolatoria*”. Sul punto si rimanda a Consiglio di Stato, Ad. plen., 10 dicembre 2014, n. 33 e Ad. plen. n. 4 del 2015. In particolare, nel processo amministrativo il principio della domanda si declina nella duplice accezione di principio dispositivo sostanziale – inteso quale espressione del potere esclusivo della parte di disporre del suo interesse materiale sotto ogni aspetto compresa la scelta di richiedere o meno la tutela giurisdizionale – e di principio dispositivo istruttorio, sia pure con i temperamenti enucleabili dagli artt. 63 e 64 c.p.a., in relazione al processo impugnatorio, ed ispirati al c.d. sistema dispositivo con metodo acquisitivo. In tal senso Consiglio di Stato, Ad. Plenaria, sentenza 27 aprile 2015, n. 5 in *www.giustizia-amministrativa.it*. Tale principio va ad ogni modo coordinato con la specificità del giudizio amministrativo caratterizzato, a differenza di quello civile, dalla coesistenza dell'interesse pubblico rispetto a quello privato azionato con la

annullamento si distingue da quella di risarcimento per gli elementi della domanda, in quanto nella prima la *causa petendi* è l'illegittimità, mentre nella seconda è l'illiceità del fatto; il *petitum* nella prima azione è l'annullamento degli atti o provvedimenti impugnati, mentre nella seconda è la condanna al risarcimento in forma generica o specifica. Inoltre il risarcimento è disposto su "ordine" del giudice ed è diretto a restaurare la legalità violata dell'ordinamento, costituendo una situazione quanto più possibile pari o equivalente (monetariamente) o il più possibile identica a quella che ci sarebbe stata in assenza del fatto illecito; l'annullamento invece è una restaurazione dell'ordine violato "ad opera" del giudice.

L'ontologica e strutturale differenza tra le due domande preclude, pertanto, al giudice di operare su propria esclusiva iniziativa, e in assenza di un'espressa richiesta di parte, una conversione dell'una nell'altra, pena la violazione del richiamato principio processuale¹⁰⁴.

Dall'altro si è chiarito come, ferma l'imprescindibilità della sanzione dell'annullamento a fronte dell'accertamento dell'illegittimità dell'atto impugnato *ex art. 29 c.p.a.*, il giudice può, non già "modulare" la forma di tutela sostituendola a quella richiesta, ma determinare la portata dell'annullamento in relazione ai motivi sollevati e all'interesse del ricorrente, con formule ben note alla prassi

proposizione del ricorso. La contemporanea rilevanza di posizioni giuridiche qualitativamente diversificate e l'esigenza di trovare tra le stesse un punto di equilibrio comporta il divieto di attribuire un bene della vita non richiesto o comunque di emettere una statuizione che non trovi corrispondenza nella domanda, ed è da ritenersi violato ogni qual volta il giudice, interferendo nel potere dispositivo delle parti, alteri uno degli elementi identificativi dell'azione, cioè il *petitum* e la *causa petendi*, attribuendo quindi un bene della vita diverso da quello richiesto o ponendo a fondamento della propria decisione fatti o situazioni estranei alla materia del contendere, ma non anche quando procede alla qualificazione giuridica dei fatti e della domanda giudiziale ovvero alla sua interpretazione (Ad. plen. n. 7 del 2013). In dottrina sul tema del principio della domanda nel processo amministrativo e sulle deroghe che subisce in ragione della ontologica differenza con il processo civile si rinvia a A. TRAVI, *Lezioni di Giustizia Amministrativa*, cit., 238 ss.; F. LA VALLE, *Il vincolo del giudice ai motivi di parte*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, 20; M. NIGRO, *Processo amministrativo e motivi di ricorso*, in *Foro it.*, 1975, e in *Scritti giuridici*, vol. II, Milano, 1996, 871; ID, *Domanda (principio della) (Dir. proc. amm.)*, in *Enc. Giur.*, vol. XII, Roma, 1989, in *Scritti giuridici*, vol. III, Milano, 1996, 2005; AA.VV., *Principio della domanda e poteri d'ufficio del giudice amministrativo*, *Atti del convegno annuale AIDA*, Trento, 2012, 1 ss.

¹⁰⁴ Precisa la Plenaria come "non può neppure valere il richiamo, contenuto nell'ordinanza di rimessione, al c.d. principio di continenza, in quanto, se è vero che l'accertamento è compreso nell'annullamento (il più comprende il meno), l'accertamento a fini risarcitori è qualcosa di più o comunque di diverso dalla domanda di annullamento". Trasformare d'ufficio una originaria domanda di annullamento, per la quale tra l'altro continua a persistere l'interesse, in una domanda risarcitoria renderebbe la pronuncia viziata sotto il duplice profilo dell'omissione di pronuncia nella parte in cui, pur avendo accertato l'illegittimità dell'impugnato provvedimento il giudice non ne dispone il conseguente annullamento; oltre che di ultrapetizione nella parte in cui si condanna la controparte ad un risarcimento del danno in assenza di una espressa richiesta in tal senso da parte del ricorrente.

giurisprudenziale come: l'annullamento parziale “nella parte in cui prevede” o “non prevede”, oppure “nei limiti di interesse del ricorrente” e così via.

E' interessante riscontrare ai fini dell'indagine che qui si conduce come, pur non prendendo espressamente posizione sul tema della modulazione temporale degli effetti della sentenza di annullamento¹⁰⁵, la Plenaria sembra, tuttavia, esprimere una posizione non contraria alla stessa, ammettendo la possibilità per il giudice amministrativo di definire la “portata dell'annullamento” rimanendo nell'ambito dei limiti della medesima domanda proposta e senza operare alcuna sostituzione tra azioni¹⁰⁶.

Allo stesso tempo, però, la pronuncia offre importanti spunti di riflessione sul tema della modulazione temporale anche sotto altri profili. Prende, infatti, posizione su alcuni degli argomenti utilizzati nel 2011 dal Consiglio di Stato per giustificare il riconoscimento di un generale potere modulatorio, pur in assenza di una previsione normativa che lo autorizzi.

In particolare, la Plenaria esclude la pertinenza del richiamo all'art. 21 *nonies* della l. n. 241/90, nella parte in cui consente, in sede di esercizio del potere di annullamento in autotutela, di limitare gli effetti del disposto annullamento facendo salvi in tutto o in parte quelli *medio tempore* già prodotti, in quanto afferma trattarsi di una disposizione dal carattere eccezionale attinente specificamente all'attività amministrativa propriamente detta.

Allo stesso modo non ritiene utile il richiamo agli articoli 121 e 122 c.p.a. trattandosi di fattispecie esclusive la cui disciplina non è estensibile in via analogica né tanto meno può essere assunta come espressiva di principi generali.

Inoltre, esclude la rilevanza del richiamo al potere conferito alla Corte di Giustizia di modulare gli effetti delle proprie sentenze di annullamento trattandosi di applicare una disposizione dettata per il giudizio europeo al giudizio, di tutt'altra natura, nazionale. Secondo la Plenaria la problematica della limitazione degli effetti

¹⁰⁵ La Plenaria ritiene che il richiamato precedente del Consiglio di Stato in tema di modulazione temporale (sentenza della VI Sezione n. 2755 del 2011) non abbia attinenza alla fattispecie in esame. Il precedente richiamato, infatti, ha riconosciuto la potestà del giudice amministrativo, in presenza di determinati presupposti attinenti all'interesse del ricorrente, di fissare una determinata decorrenza posteriore degli effetti della pronuncia di annullamento. Laddove nella fattispecie rimessa alla sua cognizione, si controverteva sulla possibilità per il giudice di sostituire integralmente *ex officio* la domanda proposta in giudizio.

¹⁰⁶ Consiglio di Stato, Ad. Plenaria, sentenza 13 aprile 2015, n. 4 in www.giustizia-amministrativa.it.

dell'annullamento, sorta e applicata in via eccezionale in quella sede soprattutto per i regolamenti, non è sufficiente a portare ad un parallelo con la giustizia amministrativa italiana, trattandosi di modelli giurisdizionali del tutto differenti.

Più di recente il Tar Lazio ha fatto applicazione della tecnica modulatoria anche in riferimento all'ordinanza cautelare di sospensione della efficacia di una disposizione regolamentare impugnata, intervenendo a limitare il principio della automatica validità *erga omnes* dell'ordinanza sospensiva di atti normativi¹⁰⁷.

In generale va dato atto di come non tutti i casi in cui la giurisprudenza amministrativa - specie quella di merito - ha fatto uso del potere modulatorio costituiscano applicazioni convincenti della tecnica. Alcune ipotesi appaiono, infatti, delle inutili forzature dello strumento che, invece, data la sua natura eccezionale andrebbe di fatto contenuto entro i limiti di stretta necessità, in assenza di soluzioni alternative praticabili. E' tuttavia interessante constatare come l'affermazione di tale tecnica presso la giurisprudenza di merito sia tale che il giudice amministrativo, a fronte dell'annullamento di atti normativi, avverte oggi l'esigenza di specificare in motivazione che non intende far uso di tale potere, sintomo dell'ormai indiscusso riconoscimento di cui lo stesso gode¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Si richiamano sul punto le pronunce Tar Lazio, Roma, sez. I bis, sent. 16/05/2016, n. 5797 e sent. 12/05/2016, n. 5653 in www.giustizia-amministrativa.it. In entrambe le pronunce veniva concessa una ordinanza sospensiva di un regolamento o di un atto generale precisando che l'efficacia sospensiva della stessa, pur riguardando atti diretti ad una categoria indeterminata di destinatari, è limitata alle sole parti ricorrente e non è produttiva di effetti *erga omnes* anche al di fuori del giudizio in cui è resa. Ritiene il Tar come "tale soluzione si ponga in linea con le recenti evoluzioni di un'autorevole corrente giurisprudenziale che, nella prospettiva "sostanzialistica" sopraindicata, ha ammesso una modulazione della tutela – addirittura prospettando la possibilità di soprassedere all'annullamento dell'atto illegittimo in considerazione del danno sociale che ne deriverebbe da un eventuale annullamento (Cons. Stato, Sez. V ord. 284/2015) - limitandosi a disporre il solo effetto conformativo ove esigenze di effettività della tutela giurisdizionale lo impongano".

¹⁰⁸ Tar Lazio, Roma, sez. III bis, sent. 14/10/2016, n. 10278 in www.giustizia-amministrativa.it. Nel caso di specie il ricorrente agiva contro il silenzio inadempimento formatosi sull'atto di diffida concernente l'istanza di autotutela per giudizio di abilitazione scientifica nazionale di II fascia settore-diritto amministrativo. Nello specifico la Commissione aveva dichiarato l'istante non idoneo alle funzioni di professore universitario di seconda fascia per mancato raggiungimento della maggioranza qualificata di quattro quinti dei componenti, necessaria perché il candidato conseguisse l'abilitazione secondo quanto disposto dall' art. 8, comma 5, del D.P.R. 14 settembre 2011, n. 222, norma regolamentare. Con la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI 5.2.2016, n. 470, veniva affermata l'illegittimità, con conseguenziale annullamento, di tale disposizione in quanto priva di copertura nei criteri legislativi fissati alla potestà regolamentare governativa dall' art. 16, comma 3, della L. 30 dicembre 2010, n. 240. Il Tar precisa che avendo l'annullamento, secondo consolidati principi, efficacia retroattiva, la norma regolamentare non esiste più e, quindi, si pone come necessaria e imprescindibile la riformulazione del giudizio di abilitazione scientifica nazionale e ciò "nonostante il recente orientamento del giudice amministrativo, per cui è possibile "modulare" gli effetti retroattivi dell'annullamento, in conformità al principio di proporzionalità affermato in sede comunitaria,

3.4 *Le posizioni della dottrina: tesi favorevoli e contrarie.*

Le recenti pronunce giurisprudenziali in materia di modulazione temporale non hanno mancato di sollecitare un fervido dibattito in dottrina, portando all'emersione di posizioni accademiche contrastanti, per lo più avverse alla riconoscibilità di tale potere in capo al giudice amministrativo.

Poche sono state, infatti, all'indomani della innovativa pronuncia del Consiglio di Stato le posizioni accademiche favorevoli al riconoscimento di questo nuovo potere in capo al giudice amministrativo e che hanno colto il potenziale impatto favorevole sul sistema di giustizia amministrativa vigente¹⁰⁹.

Molto più consistenti sono state invece le argomentazioni contrarie alla riconoscibilità di questo potere del giudice amministrativo in assenza di una disposizione normativa che autorizzi la dissociazione tra accertamento dell'illegittimità del provvedimento e la facoltà di non pronunciarne giudizialmente l'annullamento o di farlo ma modulandone diversamente l'efficacia temporale¹¹⁰.

tuttavia, nella fattispecie, l'annullamento giurisdizionale del regolamento, in forza della citata sentenza del Consiglio di Stato ha il consueto effetto retroattivo, in quanto il giudice non effettua alcuna "modulazione degli effetti dell'annullamento".

¹⁰⁹ Per una posizione favorevole al nuovo orientamento inaugurato, in quanto finalizzato ad una concreta applicazione del principio di effettività della tutela, F. CARINGELLA, *Il sistema della tutela dell'interesse legittimo alla luce del codice e del decreto correttivo*, in *Urb. App.*, 2012, 17; Id, *Architettura e tutela dell'interesse legittimo dopo il codice del processo amministrativo: verso il futuro!*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2011; P. QUINTO, *La specificità della giurisdizione amministrativa ed una sentenza di buon senso*, in *Giustamm.it*, 2011; G. FONDERICO, *CDS: legittime le azioni di annullamento senza efficacia ex tunc*, in *Osserv. L.U.I.S.S. Guida al diritto*, www.lex24.ilsole24ore.com; E. LORIA, *Accertata l'illegittimità dell'atto impugnato il giudice può decidere della non retroattività*, in *Guida al diritto*, 26 giugno, 2011, 109 ss.; M. SAPIO, *Un caso di sospensione degli effetti caducatori del giudicato amministrativo in applicazione della rilevanza del diritto europeo sul diritto processuale amministrativo nazionale*, in *Giustamm.it*, 2011 che, tuttavia, ne ridimensiona la portata dirompente affermando come non sancisca la sussistenza di un potere giudiziale di generale esclusione degli effetti caducatori del giudicato di annullamento di un atto contrario al principio di legalità, ma si traduca in una "eccezionale e transitoria sospensione, giudizialmente disposta, degli effetti di annullamento dell'atto impugnato per un lasso di tempo determinato ovvero occorrente all'adozione, in sede di riedizione del pubblico potere, di un atto sostitutivo ex nunc, in obbedienza alla regola juris del caso concreto".

¹¹⁰ AA.VV., *Principio della domanda e poteri d'ufficio del giudice amministrativo*, cit., 1 ss.; C. E. GALLO, *I poteri del giudice amministrativo in ordine agli effetti delle proprie sentenze di annullamento*, cit., 292, per il quale "se il processo è un processo di parti, il giudice amministrativo non può adottare pronunzie se non su richiesta della parte, a meno che non si tratti di pronunzie sanzionatorie e, perciò, di strumenti che il legislatore ha posto a disposizione del giudice non nell'interesse di una parte ma nell'interesse in generale dell'ordinamento".

Una delle prime obiezioni alla generale praticabilità della tecnica esaminata viene, infatti, individuata nella violazione del principio di legalità e della riserva costituzionale di legge prevista dall'ultimo comma dell'articolo 113 Cost.¹¹¹. Nel nostro ordinamento giuridico vige la regola della predeterminazione delle norme attinenti ai modi di procedere nell'attività giurisdizionale. La richiamata disposizione costituzionale prevede, infatti, che sia la legge a determinare quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione “nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa”. In altri termini, il Costituente ha identificato nella legge l'unico strumento idoneo a disciplinare il potere annullatorio. La *ratio* della riserva va rinvenuta nello stesso articolo 24 Cost. atteso che la pretesa annullatoria del cittadino costituisce una componente fondamentale della tutela giurisdizionale.

Pur essendo indiscutibile, quindi, la presenza di casi in cui l'azione di annullamento può non determinare la caducazione dell'atto illegittimo, la Costituzione richiede che queste ipotesi, in quanto derogatorie ed eccezionali, siano previamente individuate dal legislatore e che, pertanto, esista un'autorizzazione legislativa alla dissociazione del binomio illegittimità/annullabilità e conseguente annullamento. La riserva risulterebbe conseguentemente violata, e con essa lo stesso principio di legalità, ove fosse il giudice ad arrogarsi un potere nelle ipotesi in cui questo non gli è espressamente conferito da una disposizione normativa autorizzatoria, come ad esempio accade in materia di poteri sanzionatori conferiti al giudice amministrativo in conseguenza all'accertamento dell'illegittimità della delibera di aggiudicazione di appalti pubblici dove il giudice è espressamente autorizzato a prescindere dalla caducazione degli atti di gara illegittimi irrogando sanzioni alternative¹¹².

In altri termini, la critica principale affonda le proprie radici nell'irrinunciabilità dell'intermediazione legislativa ai fini della individuazione dei

¹¹¹ Per una ricostruzione dell'*iter* che ha condotto alla formulazione attuale dell'art. 113 Cost. quale norma di compromesso tra due opposte impostazioni, l'una volta a conferire alla giurisdizione ordinaria pienezza di cognizione in merito alle controversie con la p.a., ivi compreso il potere di annullamento (Calamandrei) e quella opposta finalizzata a conferire tale potere esclusivamente al giudice amministrativo (on. Ruini), si rinvia a V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione amministrativa e costituzione*, in *Giur. cost.*, 2004, 3031 ss.

¹¹² In tal senso A. TRAVI, *Accoglimento dell'impugnazione di un provvedimento e “non annullamento” dell'atto illegittimo*, cit., 938; M. MACCHIA, *L'efficacia temporale delle sentenze del giudice amministrativo: prove di imitazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 12/2011, 1313.

casi eccezionali in cui l'accertamento dell'illegittimità nell'ambito di un'azione di annullamento può non condurre all'eliminazione del provvedimento impugnato, ai sensi dell'art. 113, comma 3 Cost., essendo compito del legislatore e non del giudice stabilire in quali casi sia possibile ammettere un bilanciamento tra le ragioni della pretesa annullatoria ed esigenze divergenti¹¹³.

Altro rilievo critico cui si presta la praticabilità della tecnica viene individuato nella tipicità dell'azione di annullamento e del suo principale effetto caducatorio-eliminatorio del provvedimento illegittimo impugnato. Com'è noto, l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo è stata accompagnata da un animato dibattito, tanto dottrinale quanto giurisprudenziale, in merito alla vigenza nel nostro processo amministrativo di un principio di atipicità delle azioni, a fronte della intervenuta codificazione di specifici rimedi azionabili¹¹⁴. Tuttavia tale dibattito, pur nella diversità delle posizioni assunte, ha sempre riguardato l'ammissibilità di azioni diverse ed ulteriori rispetto a quelle codificate dagli articoli 29-31 c.p.a. mentre non è stato mai posto in discussione il carattere tipico dell'azione di annullamento e degli effetti ad essa tradizionalmente riconnessi, soprattutto quello caducatorio¹¹⁵.

La tipicità di questa azione è espressa dal combinato disposto degli articoli 29 e 34, comma 1 del c.p.a. nella parte in cui vengono disciplinati i casi in cui l'azione è proponibile “per violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere” e gli effetti che dal suo accoglimento derivano (“il giudice in caso di accoglimento del ricorso annulla in tutto o in parte il provvedimento impugnato”), almeno per quanto concerne l'effetto eliminatorio¹¹⁶.

¹¹³ A. TRAVI, *op. cit.*, 938.

¹¹⁴ Sul dibattito in ordine alla natura tipica o atipica delle azioni esperibili nel processo amministrativo si rinvia a L. TORCHIA, *Le nuove pronunce nel Codice del processo amministrativo*, in AA.VV., *La gestione del nuovo processo amministrativo*, cit., 337. Favorevole ad un ampliamento del sistema delle tutele oltre i limiti del codice A. TRAVI, *La tipologia delle azioni nel nuovo processo amministrativo*, in *La gestione del nuovo processo*, cit. 75; favorevole, al contrario, ad un'interpretazione restrittiva dei rimedi azionabili M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, cit., 557.

¹¹⁵ Il dibattito si era originariamente concentrato sulla esperibilità dell'azione di adempimento inizialmente non prevista, e sulla generale praticabilità di un'azione di mero accertamento al di fuori dei casi espressamente consentiti dal codice, ovvero dell'azione volta all'accertamento della nullità degli atti amministrativi ex art. 31 c.p.a. Su quest'ultima questione F. SAITTA, *Dell'azione di mero accertamento che ci sa- rebbe potuta essere... e che si auspica ci sarà comunque, a prescindere dalla scelta dei codificatori*, in *Giustamm.it*, n. 6/2010.

¹¹⁶ Anche la dottrina che ha sostenuto la tesi dell'atipicità dei sistemi rimediali esperibili dinanzi al giudice amministrativo è sempre stata concorde nell'affermare il carattere tipico dell'azione di annullamento in coerenza con i principi generali delle azioni costitutive e dei principi costituzionali e

L'effetto dell'eliminazione dell'atto impugnato è, quindi, espressamente identificato dalla legge come conseguenza imprescindibile e necessaria dell'accertamento dell'illegittimità con conseguente impossibilità per il giudice di escluderlo, salvo che non esista un'espressa autorizzazione legislativa, come avviene ad esempio nell'ipotesi di vizi meramente formali riconducibili alla disciplina dell'art. 21-*octies* l. n. 241/90¹¹⁷.

La tesi contraria alla modulabilità degli effetti della sentenza di annullamento poggia pertanto anche sulla considerazione che, accogliendo tale tendenza, si finirebbe con l'introdurre nell'ordinamento un'altra azione atipica, ovvero un'azione di annullamento con effetti solo conformativi e non demolitori. Laddove osterebbe alla derogabilità e alla diversa modulabilità temporale dell'efficacia caducatoria della sentenza di annullamento la necessaria tipicità degli esiti dell'accoglimento dell'azione di annullamento¹¹⁸.

Ma l'ostacolo principale alla modulabilità temporale e alla dissociazione tra accertamento dell'illegittimità del provvedimento e sua caducazione retroattiva viene identificato nella difficoltà a concepire la disponibilità degli effetti dell'annullamento come giustificata da una valutazione di opportunità operata dal giudice amministrativo e ancorata alla tutela dell'interesse pubblico; tale potere, infatti, apparirebbe del tutto dissonante rispetto ai principi ormai acquisiti e consolidati nell'ambito della giurisdizione amministrativa.

l'impossibilità di derogarvi ad opera del giudice. In tal senso M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, cit., 557.

¹¹⁷ Nel senso della non praticabilità della tecnica modulatoria almeno sotto il profilo della impossibilità di escludere l'effetto caducatorio e disporre solo quello conformativo E. FOLLIERI, *L'ingegneria processuale del Consiglio di Stato*, cit., 440.

¹¹⁸ Si sono espressi in senso critico nei confronti della pronuncia, sia pur sulla base di motivazioni diverse e con soluzioni talora propositive, A. TRAVI, *Accoglimento dell'impugnazione di un provvedimento e "non annullamento" dell'atto illegittimo*, cit., 2011, 936 ss.; M. MACCHIA, *L'efficacia temporale delle sentenze del giudice amministrativo: prove di imitazione*, cit., 1310; C. E. GALLO, *I poteri del giudice amministrativo in ordine agli effetti delle proprie sentenze di annullamento*, cit., 280 ss.; C. FELIZIANI, *Oltre le colonne d'Ercole, Può il giudice amministrativo non annullare un provvedimento illegittimo?*, cit., 427 ss.; E. FOLLIERI, *L'ingegneria processuale del Consiglio di Stato*, cit., 439 ss.; R. DIPACE, *L'annullamento tra tradizione e innovazione: la problematica flessibilità dei poteri del giudice amministrativo*, cit., 1273 ss.; M. FORNACIARI, *Ultimissime dal Consiglio di Stato: l'annullamento ... che non annulla!*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 1662 ss.; A. GIUSTI, *La "nuova" sentenza di annullamento nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato*, cit., 1, 293 ss.; L. BERTONAZZI, *Sentenza che accoglie l'azione di annullamento amputata dell'effetto eliminatore?*, cit., 1128 ss.; F.G. SCOCA, *Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento amministrativo*, in *Corr. giur.*, 2011, 989; R. VILLATA, *Ancora "spigolature" sul nuovo processo amministrativo?*, cit., 1516.

Nello stabilire in quali casi far uso del potere di modulazione, e soprattutto nel valutare quale tipo di modulazione appaia più opportuno in relazione alla specificità della fattispecie sottoposta alla propria cognizione e agli interessi pubblici che vengono in rilievo, il giudice amministrativo svolgerebbe, infatti, un giudizio di ponderazione e bilanciamento degli interessi in gioco che fuoriesce dall'ambito delle competenze a questo spettanti nel giudizio di legittimità, trattandosi di attività rientrante nelle attribuzioni dell'amministrazione.

In sostanza, attraverso l'esercizio dei poteri modulatori, questi interverrebbe a valutare l'opportunità dell'azione di annullamento proposta, giudicando quando sia congruo un annullamento *ex tunc*, *ex nunc*, o una sentenza di mero accertamento depotenziata dell'effetto caducatorio-ripristinatorio e a soli effetti conformativi¹¹⁹.

Per tale via, la tecnica della modulazione finirebbe pertanto con l'introdurre nel sistema un fenomeno del tutto nuovo, quello della "discrezionalità" del giudice amministrativo, consentendo a questi, anche al di fuori delle ipotesi normativamente previste di giurisdizione di merito, di operare un bilanciamento di interessi tipico dei poteri di amministrazione attiva. Nell'annullamento giustiziale e giurisdizionale l'imprescindibilità dell'effetto caducatorio e la retroattività degli effetti della pronuncia di annullamento dell'atto illegittimo sono, infatti, collegate alle funzioni di protezione e di garanzia verso il ricorrente, sicché ammettere un annullamento giurisdizionale *ex nunc* significherebbe consentire quasi una pronuncia di revoca o riforma dell'atto, con la conseguenza di creare una giurisdizione di merito in ambiti in cui essa non sussiste.

Allo stesso tempo, il riconoscimento della tecnica imprimerebbe una forte deriva in senso oggettivistico alla giurisdizione amministrativa, in contrasto con i principi ormai acquisiti e consolidati che da tempo la connotano in chiave soggettiva, quale strumento di tutela dell'interesse della parte che propone il ricorso rispetto al quale la tutela del diritto obiettivo e dell'interesse pubblico sotteso dovrebbe restare

¹¹⁹ Sotto questo profilo si veda R. DIPACE, *L'annullamento tra tradizione e innovazione: la problematica flessibilità dei poteri del giudice amministrativo*, cit., 1328; A. TRAVI, *Accoglimento dell'impugnazione di un provvedimento e "non annullamento" dell'atto illegittimo*, cit., 937; R. VILLATA, *Ancora "spigolature" sul nuovo processo amministrativo?*, cit., 2011, 1516; F. G. COCA, *Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento amministrativo*, in *Corr. giur.*, 2011, 989.

sullo sfondo, qualificandosi come effetto solo indiretto e secondario rispetto alla tutela individuale assicurata al ricorrente vittorioso.

Non vanno poi trascurati i problemi di difficile compatibilità di tale potere modulatorio con il principio della domanda e di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato. A fronte di una domanda di annullamento, tesa in quanto tale ad ottenere la rimozione con efficacia retroattiva dell'atto lesivo, il giudice amministrativo ometterebbe di fornire al ricorrente l'utilità esattamente richiesta, pur avendo accertato la fondatezza dei motivi dedotti e l'illegittimità dell'atto impugnato. In tal modo si esporrebbe, da un lato, al vizio di omissione di pronuncia, dall'altro, a quello di ultrapetizione in quanto, nei casi in cui dispone il solo effetto conformativo, interverrebbe d'ufficio ad attribuire al ricorrente un'utilità diversa da quella richiesta¹²⁰.

Per la rilevanza delle questioni poste e delle implicazioni pratiche che comportano, questi ultimi due profili saranno oggetto di separata e più approfondita analisi nei paragrafi seguenti.

4. *La compatibilità del potere modulatorio con la natura della giurisdizione amministrativa: tra valorizzazione della natura soggettiva e rinnovate spinte oggettivistiche.*

Come si è anticipato, uno tra i principali problemi che il potere modulatorio pone è il suo impatto sulla natura stessa della giurisdizione amministrativa.

L'uso della modulazione degli effetti dell'annullamento - pur apparentemente giustificato dalla giurisprudenza che vi ha fatto ricorso alla luce del principio di effettività della tutela giurisdizionale del singolo - viene spesso esercitato per garantire una miglior cura del sottostante interesse pubblico, sulla scorta di autonome valutazioni effettuate dal giudice amministrativo.

Il potere modulatorio, infatti, è stato finora e per lo più utilizzato dalla giurisprudenza amministrativa per evitare pregiudizi ad interessi pubblici di portata generale, come la tutela dell'ambiente e della fauna, nel caso del non annullamento

¹²⁰ AAVV., *Principio della domanda e poteri d'ufficio del giudice amministrativo*, Atti del convegno annuale AIPDA, cit., 1 ss.; C. E. GALLO, *I poteri del giudice amministrativo in ordine agli effetti delle proprie sentenze di annullamento*, cit., 292.

del piano faunistico venatorio; l'interesse al corretto sfruttamento edilizio del territorio, nell'ipotesi di annullamento *ex nunc* di strumenti urbanistici generali; l'integrità del bilancio regionale e la stabilità dell'equilibrio finanziario nel caso dell'annullamento irretroattivo di delibere di aumento dei prezzi di prestazioni sanitarie.

Se ciò è vero, allora lo strumento finirebbe con il contrastare la caratterizzazione in chiave prettamente soggettiva della giurisdizione amministrativa, sulla quale dottrina e giurisprudenza dominante sembrano concordare, ascrivendosi a pieno titolo tra le recenti contropunte all'oggettivizzazione della giurisdizione amministrativa piuttosto che agli indici, già numerosi, a supporto della natura soggettiva del processo amministrativo¹²¹. Ciò giustificherebbe *a fortiori* la posizione della dottrina prevalente avversa al riconoscimento della tecnica che opererebbe una deriva in senso oggettivistico del giudizio di legittimità tradendo la sua naturale vocazione di strumento preordinato a soddisfare le pretese sostanziali dei singoli e non a garantire la cura dell'interesse pubblico, compito che tra l'altro esula dalle competenze del giudice amministrativo, spettando alla pubblica amministrazione, salvo nelle ipotesi eccezionali e codificate di giurisdizione di merito.

In realtà la questione è più complessa di quanto sottolineato dalla dottrina contraria alla praticabilità del potere modulatorio se si considera che lo stesso dibattito sulla qualificazione della nostra giurisdizione amministrativa in chiave soggettiva o oggettiva non può dirsi completamente sopito¹²².

¹²¹ Sul concetto di giurisdizione di diritto oggettivo o a contenuto oggettivo si rinvia a E. ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, in *Problemi di diritto*, Milano, 1957; F. TOMMASEO, *I processi a contenuto oggettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 1988. Per la caratterizzazione in chiave prevalentemente soggettiva della giurisdizione amministrativa tesa cioè alla tutela della posizione giuridica sostanziale fatta valere dal ricorrente attraverso un accertamento autonomo sulla c.d. spettanza del bene della vita e del rapporto tra privato e p.a. fondamentali le opere di A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, cit.; G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto*, cit.; B. SASSANI, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto*, Padova, 1989; ID., *Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto*, cit.

¹²² Sulle origini storiche di tale dibattito V. E. ORLANDO, *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V. E. ORLANDO, III, Milano 1901, 635; S. SPAVENTA, *Discorso per l'inaugurazione della Quarta sezione*, in *Riv. dir. pubb.*, 1909; B. SORDI, *Giustizia e amministrazione nello Stato liberale*, Milano, 1985; E. CANNADA BARTOLI, *Giustizia amministrativa*, in *Dig. disc. pubb.*, 1991; A. ROMANO, *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, in *Dir. amm.*, 1994, 635 ss.; V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 1994, 127 ss.; L. MAZZAROLLI, *La giurisdizione amministrativa è di diritto oggettivo?*, in *Dir. proc. amm.*, 1991; ID., *Ragioni e peculiarità del sistema italiano di giustizia amministrativa*, in L. MAZZAROLLI e altri, *Manuale di diritto amministrativo*, II, Bologna, 1998, 1716 ss., in cui bene si tratteggia la differenza delle posizioni di A.M. SANDULLI – soggettivistiche, almeno alla fine degli

E' innegabile, infatti, come il processo amministrativo, sin dalla sua nascita, si sia sempre nettamente sganciato da un'accezione oggettivistica pura, in quanto il suo tratto caratterizzante è sempre stato, sin dalla riforma crispina, quello dell'applicazione del principio della domanda e della connessa disponibilità del diritto di azione in capo al ricorrente cui spetta il potere di rinunciare al ricorso e di indicare i motivi entro i quali resta circoscritto l'accertamento da parte del giudice, al quale è sempre stata preclusa l'assunzione di iniziative officiose tese ad oltrepassare i confini della domanda¹²³.

Questa impronta soggettivistica è stata fatta propria e valorizzata dalla stessa Carta costituzionale che ha operato una scelta opposta a quella della giurisdizione oggettiva piena, affermando all'art. 103 che il Consiglio di Stato e gli altri organi della giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela di diritti ed interessi, assicurando la tutela di tutte le situazioni soggettive protette, ascrivibili al *genus* dei diritti o a quello degli interessi legittimi *ex art. 24 Cost.* davanti agli organi della giurisdizione nei diversi ordini nei quali essa si articola.

A fronte, tuttavia, di numerosi indici normativi e giurisprudenziali che, specie all'indomani dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, sembrano dimostrare come incontrovertibile e acquisita la natura soggettiva della giustizia

anni '80 - e di E. GUICCARDI – oggettivistiche, negli anni '40; P. DURET, *La legittimazione ex lege nel processo amministrativo*, *Dir. proc. amm.*, 1999; F.G. SCOCA, *La "gestazione" dell'interesse legittimo*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazzaroli*, vol. I, Padova, 2007, 283 ss. Per una disamina attuale del tema alla luce dei nuovi indici normativi, B. MARCHETTI, *Il giudice amministrativo tra tutela soggettiva e oggettiva: riflessioni di diritto comparato*, in *Dir. proc. amm.*, 1/2014, 104; G. DE GIORGI CEZZI, *Interessi sostanziali, parti e giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2013. Sul punto è, incidentalmente, intervenuta l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ribadendo la natura soggettiva della giurisdizione amministrativa di legittimità, sia pure con aperture parziali alla giurisdizione di tipo oggettivo ma che si manifestano in precisi, limitati ambiti. Si tratta di Consiglio di Stato, Ad. Pl., sentenza 13 aprile 2015, n. 4, cit.

¹²³ Il carattere oggettivo della giurisdizione era stato originariamente affermato da molti studiosi perché consentiva di superare il binomio diritto soggettivo - tutela giurisdizionale, eludendo il reciproco rapporto di necessaria implicazione che si riteneva tra loro esistente. Pertanto, a seguito della istituzione della Quarta sezione del Consiglio di Stato e l'affermazione della sua natura giurisdizionale, il riconoscimento della possibilità di una tutela giurisdizionale in assenza di un diritto costituiva un problema cui, almeno inizialmente, si pensò di porre rimedio attraverso l'attribuzione a questo tipo di giurisdizione di un carattere oggettivo che cioè prescindeva dall'esistenza e dalla necessità di tutela di una posizione giuridica soggettiva individuale, essendo piuttosto preposto alla tutela di un interesse pubblico identificato nel ripristino della legalità violata dalla illegittimità dell'azione amministrativa. Solo con la successiva elaborazione della categoria dell'interesse legittimo l'orientamento della Quarta sezione si andò progressivamente spostando verso un modello di processo soggettivo, ovvero finalizzato alla tutela di situazioni giuridiche soggettive e non all'affermazione e al ripristino del diritto obiettivo.

amministrativa¹²⁴, sono tuttavia presenti nel sistema forti contropunte, sviluppatesi soprattutto di recente, che manifestano una “spiccata voglia di oggettivizzazione”¹²⁵.

Si fa riferimento, in primo luogo, all’attribuzione all’Autorità garante della concorrenza e del mercato di una legittimazione *ex lege* a impugnare gli atti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato ai sensi dell’art. 21 *bis* della l. 287/1990 introdotto dal DL 201/2011. Legittimazione sganciata dalla titolarità di una posizione giuridica soggettiva e di un interesse sostanziale individuale¹²⁶.

Il riferimento è poi ai nuovi articoli 120 e 121 del codice dei contratti pubblici che attribuiscono ampi poteri al giudice amministrativo di statuire sulla sorte del contratto in conseguenza dell’annullamento dell’aggiudicazione illegittima¹²⁷.

E’ ancora il caso delle recente giurisprudenza comunitaria in tema di rapporti tra ricorso principale ed incidentale escludente, solo in parte recepita dall’Adunanza

¹²⁴ Sono da ascrivere tra gli indici di soggettivizzazione della giustizia amministrativa il richiamo agli artt. 1 e 2 c.p.a., che sanciscono i principi di pienezza ed effettività della tutela oltre che del giusto processo; la codificazione accanto alla tradizionale azione di annullamento di nuove tipologie di azioni esperibili a tutela degli interessi legittimi, con contestuale affermazione del principio di atipicità della tutela e superamento della centralità del ruolo assolto dall’azione di annullamento; la previsione di una tutela cautelare atipica in grado di proteggere nel miglior modo possibile la situazione del privato in vista della sentenza di merito; la previsione dell’art. 34 nella parte in cui conferisce al giudice amministrativo il potere di adottare la pronuncia idonea a soddisfare l’interesse sostanziale del ricorrente. Rientrerebbe tra tali fattori di soggettivizzazione anche il già richiamato art. 21-*octies* l. 241/90 che, impendendo l’annullabilità di provvedimenti illegittimi affetti da vizi meramente formali, di fatto sarebbe strumentale a garantire al privato solo annullamenti effettivamente soddisfattivi, quali non sono quelli che, non impendendo alla p.a. di reiterare il contenuto identico del provvedimento annullato, si risolverebbero in vittorie del tutto transitorie e platoniche.

¹²⁵ Si esprime in tal senso R. DIPACE, *L’annullamento tra tradizione e innovazione. La problematica flessibilità dei poteri del giudice amministrativo*, cit., 1273.

¹²⁶ F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Giustamm.it*, 1/2012; M.A. SANDULLI, *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell’AGCM nell’art. 21 bis l. 287 del 1990*, in *Federalismi.it*, 2012; R. GIOVAGNOLI, *Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere di legittimazione a ricorrere dell’AGCM nell’art. 21 bis l. 287 del 1990*, in *www.giustizia-amministrativa.it*; F. GOISIS, *Il potere di iniziativa dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2013, 494; V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione “soggettiva” e legittimazione “oggettiva” ad agire nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.* 2/2014, 341 ss.

¹²⁷ A. CARBONE, *Modelli processuali differenziati, legittimazione e nuove tendenze del processo amministrativo nel contenzioso sugli appalti pubblici*, in *Dir. Proc. Amm.* 2/2014, 42 ss.; F. SAIITA, *Contratti pubblici e riparto di giurisdizione: prime riflessioni sul decreto di recepimento della direttiva n. 2007/66/CE*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2010; G. FONDERICO, *I poteri del giudice nel processo amministrativo sui contratti pubblici*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2010, 887; M. LIPARI, *L’annullamento dell’aggiudicazione e gli effetti sul contratto: poteri del giudice*, in *Giustamm.it*, 2010; R. CAPONIGRO, *La valutazione giurisdizionale del merito amministrativo*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2010; E. STICCHI DAMIANI, *Annulamento dell’aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2011, 865.

plenaria del Consiglio di Stato¹²⁸. La Corte di giustizia nega, infatti, efficacia paralizzante al ricorso incidentale escludente proposto dall'aggiudicatario controinteressato per far valere l'illegittima partecipazione alla gara del ricorrente principale, nell'ipotesi in cui la legittimità dell'offerta di entrambi gli operatori venga contestata nell'ambito del medesimo procedimento e per motivi identici, consentendo al giudice amministrativo l'esame di entrambi i ricorsi. E' evidente come ammettere la possibilità per il giudice di esaminare il ricorso principale del soggetto non aggiudicatario, a seguito dell'accoglimento di quello incidentale con il quale si è contestata la stessa legittimazione ad agire del primo, significa derogare alla natura soggettiva del processo amministrativo, in quanto il sindacato esercitato si atterrebbe a controllo oggettivo sullo svolgimento della gara, prescindendo dalla presenza di un soggetto che sia legittimato a richiederlo¹²⁹. Da ultimo la Corte è tornata a pronunciarsi sul tema ribadendo l'esclusione di qualsiasi efficacia paralizzante del ricorso incidentale escludente quando ciò impedisca l'esame del ricorso principale con il quale si contesti la violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici e affermando la possibilità di adire direttamente la Corte di giustizia anche in presenza di una pronuncia dell'Adunanza plenaria¹³⁰.

Si ascriverebbe altresì tra le contropinte verso una neo-oggettivizzazione della giurisdizione amministrativa anche l'azione per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari dei servizi pubblici, c.d. *class action*, prevista dal d.lgs. 198/2009, quale azione finalizzata non alla tutela di un interesse sostanziale individuale ma al corretto svolgimento della funzione o erogazione di un servizio. Si

¹²⁸ CGUE, Sez. X, 4 luglio 2013, *Fastweb*, C-100/12 in *Giorn. dir. amm.*, 10/2014, 932 con nota di A. BARTOLINI, *Una decisione poco europea, nota a commento di Cons. Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9.*

¹²⁹ Per un commento a tale pronuncia e al modo in cui è stata recepita dalla successiva Adunanza Plenaria n. 9/2014 si rimanda a L. FERRARA, *L'adunanza plenaria torna sul ricorso incidentale escludente, un errore di fondo?*, in *Giorn. dir. amm.*, 10/2014. Sul tema del ricorso incidentale escludente e delle problematiche che pone in punto di legittimazione a ricorrere, G. TROPEA, *L'interesse strumentale a ricorrere: una categoria al bivio?*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2010, 703 ss.; B. MARCHETTI, *Recensione a: Giuseppe Tropea, Il ricorso incidentale nel processo amministrativo*, cit., 263; D. U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri nell'Unione Europea: Paradise Lost?*, cit.; R. GIOVAGNOLI, *Ricorso incidentale e parità delle parti*, cit.; R. VILLATA, *Riflessioni in tema di ricorso incidentale nel giudizio amministrativo di primo grado*, cit., 308; ID, *L'Adunanza plenaria interviene sui rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale*, in *Dir. Proc. Amm.* 2013, 1186; S. D'ANCONA, *Riflessioni sul rapporto tra ricorso principale e incidentale alla luce della direttiva ricorsi*, cit., 37; A. GIANNELLI, *Il revirement della Plenaria in tema di ricorsi paralizzanti nelle gare a due, le nubi si addensano sulla nozione di interesse strumentale*, cit., 1119.

¹³⁰ Corte di Giustizia UE, Grande Camera, C-689/13, *Puligienica c. Airgest spa*, cit.

tratta di un'assoluta novità nel panorama delle azioni esperibili dinanzi al giudice amministrativo, in quanto non ha per oggetto né il conseguimento da parte del ricorrente del bene della vita a cui aspira, né il ripristino della legalità violata bensì il corretto svolgimento della funzione o la corretta erogazione di un servizio. Circostanza che ha portato a ritenere che la legittimazione sia disancorata da una situazione giuridica protetta di tipo tradizionale - potendo anche essere rappresentata da meri interessi di fatto - e che il relativo giudizio sia assimilabile più a una funzione amministrativa di controllo che non ad una giurisdizionale ¹³¹.

Rispetto a tali contropunte l'orientamento dominante sembra essere nel senso di ritenere che i recenti interventi normativi e gli orientamenti della giurisprudenza comunitaria non siano sintomatici di un mutamento della natura della giurisdizione amministrativa, che è e resta di stampo soggettivo, ma, piuttosto, troverebbero giustificazione nell'esigenza di creare, accanto al modello tradizionale di processo amministrativo soggettivo, modelli differenziati a connotazione più marcatamente oggettiva, ove la prevalenza dell'esigenza di tutelare interessi particolarmente sensibili, di derivazione per lo più comunitaria - primo fra tutti la concorrenza - giustifica la deviazione dalle regole processuali classiche che sovrintendono ad un processo di matrice soggettiva.

La tendenza generale, sia da parte della dottrina che della giurisprudenza, pare essere quella di ritenere ormai acquisita la natura soggettiva della giurisdizione amministrativa e, conseguentemente, di evitare derive in senso oggettivo del

¹³¹In tema di *class action* si rinvia a A. BARTOLINI, *La class action nei confronti della p.a. tra favole e realtà*, in *Giustamm.it*, 2009; M. CLARICH, *La class action di Brunetta. Ovvero come provare a migliorare la p.a. con la cosmesi*, in *Il Sole24Ore*, 2009; F. CINTIOLI, *Note sulla cosiddetta class action amministrativa*, in *Giustamm.it*, 2010; A. GIUFFRIDA, *La c.d. class action amministrativa: ricostruzione dell'istituto e criticità*, in *Giustamm.it*, 2010; P. PATRONI GRIFFI, *Class action e ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari pubblici*, in *Federalismi.it*, 2010; G. BUZZI, *La class action nella P.A.*, in *AltaLex.it*, 2010; U. G. ZINGALES, *Una singolare forma di tutela del cittadino nei confronti della p.a.: la class action*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 246 ss.; F. MANGANARO, *L'azione di classe in un'amministrazione che cambia*, in *Giustamm.it*, 2010; C. E. GALLO, *La class action nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Urb. App.*, 2010, 501 ss.; G. VELTRI, *Class action pubblica: prime riflessioni*, in *Lexitalia.it*, 2010; A. SCOGNAMIGLIO, *Il ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici*, in *Apertacontrada.it*, 2010; D. ZONNO, *Class Action pubblica: nuove forme di tutela dell'interesse diffuso?*, in *Giur. merito*, 2010, 2362 ss.; C. CACCIAVILLANI, *Sull'azione per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici*, in *Giustamm.it*, 2011; G. FIDONE, *L'azione per l'efficienza nel processo amministrativo: dal giudizio sull'atto a quello sull'attività*, Torino, 2012; S. VERNILE, *Verso un'amministrazione efficiente. Una nuova tutela processuale tra innovazioni mancate e utilità effettive*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2012, 1519.

processo amministrativo o attraverso un'interpretazione in chiave soggettiva dei nuovi istituti processuali¹³², o tramite il riconoscimento del loro carattere speciale e differenziato dettato principalmente dalla natura sensibile, spesso di rilevanza comunitaria, degli interessi pubblici tutelati, inidonei, in quanto tale, a mettere in discussione l'effettiva matrice del processo amministrativo. In particolare, si sostiene come si tratti di modelli processuali "speciali" e "differenziati" di matrice oggettiva che si affiancano a quello tradizionale di stampo soggettivo, strutturato sulle posizioni individuali delle parti, dal quale si differenziano per talune diversità strutturali: l'attribuzione in capo al giudice amministrativo di poteri più ampi, sia sotto il profilo cognitorio che decisorio; la loro funzionalizzazione alla tutela di interessi pubblici particolarmente sensibili piuttosto che a quella della pretesa della parte ricorrente; la previsione di una più ampia legittimazione a ricorrere che ricomprende situazioni giuridiche differenti da quelle tutelate dinanzi al giudice amministrativo o ipotesi peculiari di legittimazione *ex lege*¹³³.

La loro previsione ad opera del legislatore o dell'elaborazione giurisprudenziale non smentirebbe dunque il carattere marcatamente soggettivo del processo amministrativo ma occorrerebbe prendere atto della loro natura speciale, sorretta da principi diversi dall'ordinario modello soggettivo di giustizia amministrativa che connota il processo amministrativo generale, al quale non intendono affatto sostituirsi ma semplicemente affiancarsi.

Ad ogni modo, non sembra di poter convenire *in toto* sull'affermazione di parte della dottrina della certa ascrivibilità della tecnica modulatoria alle contropunte oggettiviste del processo amministrativo. Se è vero, infatti, che la maggior parte dei

¹³² In quest'ottica si sostiene ad esempio che la posizione vantata dall'AGCM nei confronti della p.a. che ha emanato l'atto lesivo della concorrenza ben possa qualificarsi in termini di interesse legittimo o comunque di interesse giuridicamente qualificato, soggettivizzato per legge in capo all'autorità e che, pertanto, la norma debba essere ricondotta alla tradizionale nozione di giurisdizione soggettiva, in quanto il potere processuale conferito all'autorità costituirebbe la manifestazione in via d'azione di una posizione soggettiva sostanziale. Allo stesso modo, si ritiene che il rimedio della *class action* possa essere ricondotto nell'ambito dell'azione di adempimento, ancorché tipica di natura costitutiva e differenziata sotto alcuni aspetti da quella ordinaria. Mentre gli articoli 121 e 122 c.p.a. non derogherebbero alla normale funzione decisoria del g.a. ma semplicemente gli conferirebbero poteri analoghi a quelli attribuiti al giudice civile.

¹³³ Favorevoli a questa ricostruzione A. CARBONE, *Modelli processuali differenziati, legittimazione e nuove tendenze del processo amministrativo nel contenzioso sugli appalti pubblici*, cit., 42; V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo*, cit., 341 ss.; A. BARTOLINI, *Una decisione poco europea, nota a commento di Cons. Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9*, cit., 932 ss.

casi in cui la giurisprudenza amministrativa si è concretamente trovata a fare uso della tecnica ha riguardato ipotesi di annullamenti di atti amministrativi generali, rispetto ai quali l'esigenza prevalente avvertita è stata quella di evitare che un annullamento retroattivo potesse arrecare pregiudizio all'interesse pubblico protetto, vanno evidenziati due aspetti. In primo luogo, anche in tali casi l'interesse del privato è stato valorizzato dal giudice, in quanto si tratta di fattispecie in cui la pretesa sostanziale del ricorrente non trova nell'annullamento la sua reale misura soddisfacente in quanto, in realtà, pur sperando un'azione di annullamento, il ricorrente non vuole la rimozione dell'atto ma semplicemente chiede che lo stesso sia modificato in modo da tutelare meglio e in modo più efficace la propria posizione. Inoltre, non sono mancati casi in cui tale potere è stato esercitato anche a fronte di atti individuali, rispetto ai quali non veniva in rilievo l'esigenza di tutelare meglio l'interesse pubblico quanto piuttosto quella di salvaguardare la sfera giuridica dello stesso ricorrente o quella dei terzi controinteressati.

5. *La difficile conciliabilità del potere ufficioso di modulazione con i principi processuali della domanda e di corrispondenza tra chiesto e pronunciato.*

Altro rilevante ostacolo alla praticabilità della tecnica modulatoria da parte del giudice amministrativo viene ravvisata nel contrasto evidente che l'esercizio di tale potere comporta con i principi processualciviltistici della domanda e della corrispondenza tra chiesto e pronunciato.

Il problema di compatibilità in realtà si pone non tanto con riferimento alla facoltà del giudice di disporre un annullamento irretroattivo ma, in modo particolare, nel caso in cui, facendo uso di tale potere, questi escluda del tutto l'effetto caducatorio ed eliminatorio limitandosi a dichiarare l'illegittimità del provvedimento per mere finalità conformative. In questi casi, infatti, a fronte di una domanda di annullamento, il ricorrente vede negarsi l'utilità richiesta nonostante l'accoglimento del proprio ricorso.

Anche il processo amministrativo, come quello civile, infatti, è sempre stato retto sin dalla sua nascita dal principio dispositivo in virtù del quale il giudice non

può andare oltre i motivi addotti dal ricorrente e deve decidere su tutta la domanda proposta ma non oltre i limiti della stessa¹³⁴.

Tale principio è oggi espressamente codificato dall'art. 34 del codice del processo amministrativo nella parte in cui dispone che il giudice accoglie il ricorso "nei limiti della domanda". Tuttavia, nel processo amministrativo lo stesso opera solo in relazione alle sentenze di merito, mentre per quelle in rito vale la regola opposta della dichiarazione d'ufficio da parte del giudice, come si evince chiaramente dall'art. 35 c.p.a. nella parte in cui dispone che il giudice dichiara "anche d'ufficio" il ricorso irricevibile per tardività della notifica o del deposito, inammissibile per carenza delle condizioni dell'azione, improcedibile per sopravvenuto difetto d'interesse delle parti alla decisione o per mancata integrazione del contraddittorio, estinto per mancata prosecuzione o riassunzione nel termine perentorio, per perenzione o rinuncia.

L'unica possibilità concessa al giudice per superare il principio della domanda va individuata nel potere di disporre la conversione dell'azione. Ma nel processo amministrativo la conversione dell'azione da domanda di annullamento in domanda di condanna può avvenire solo ove ricorrano i presupposti di cui all'art. 32 comma 2 c.p.a. o all'art. 34 comma 3 ovvero, su espressa domanda di parte o laddove nel corso del giudizio venga meno l'interesse della parte ricorrente alla rimozione del provvedimento, in quanto lo stesso ha *medio tempore* esaurito la propria efficacia mentre permane in capo alla parte un interesse risarcitorio.

In entrambi i casi la conversione è disposta dal giudice amministrativo in virtù dell'interesse della parte, mentre in nessun caso è consentito che tale potere possa essere esercitato d'ufficio sulla base di un'autonoma valutazione di opportunità e di ponderazione degli interessi coinvolti con quello pubblico generale. Così facendo, infatti, il giudice opererebbe una conversione dell'originaria azione di annullamento in un'azione di merito, operazione non consentita atteso che tali azioni costituiscono un numero chiuso.

¹³⁴ Sull'operatività del principio dispositivo al processo amministrativo si veda M. D'ORSOGNA, *La fase decisoria*, in *Giustizia amministrativa*, (a cura di) F.G. COCA, cit., 283. Il principio della domanda è inoltre implicito nell'art. 1 c.p.a. che sancisce il principio di effettività della tutela. M. RAMAJOLI, *Principio della domanda e poteri d'ufficio del giudice*, in *Atti del Convegno Annullamento dell'aggiudicazione e patologie del contratto*, Firenze, 13 aprile 2012.

In quest'ottica la sentenza con la quale il giudice, esercitando il potere di modulazione, rifiuti di pronunciare l'annullamento dell'atto, pur avendone accertato l'illegittimità e al di fuori dei casi di conversione dell'azione consentiti per legge, si presterebbe ad essere censurata in Cassazione, secondo alcuni, per eccesso di potere giurisdizionale, operando un inammissibile sconfinamento nell'attività riservata alla pubblica amministrazione e violando in tal modo i limiti esterni della giurisdizione amministrativa¹³⁵, secondo altri per diniego di giustizia, in quanto priverebbe il ricorrente di un effetto utile richiesto attraverso la proposizione di un'azione nonostante questa venga ritenuta fondata¹³⁶.

La funzione del processo amministrativo, infatti, è quella di rendere giustizia non di curare l'interesse pubblico, sicché ove il ricorrente chieda l'annullamento del provvedimento ed il giudice verifichi la fondatezza della sua pretesa, quest'ultimo non potrebbe rinunciare a concedergli l'utilità richiesta sulla scorta di valutazioni fondate su motivi di opportunità, estranee ad un giudizio di legittimità e volte a far prevalere ragioni di interesse pubblico¹³⁷.

6. *Il potere di modulazione temporale e la sua indispensabilità: soluzioni alternative prospettate.*

Un altro aspetto sul quale la dottrina si è interrogata all'indomani della innovativa pronuncia del Consiglio di Stato e dell'introduzione della tecnica modulatoria nel nostro ordinamento ha riguardato l'indispensabilità di quest'ulteriore strumento per soddisfare le esigenze sottese alla sua utilizzazione.

In altri termini, ci si è posti il problema di comprendere se le ragioni che hanno indotto il giudice amministrativo ad autoattribuirsi il generale potere di intervenire unilateralmente a modificare gli effetti e la portata delle proprie sentenze di annullamento non siano suscettibili di trovare composizione attraverso il ricorso a strumenti alternativi già previsti, specie dal nuovo codice del processo

¹³⁵ R. DIPACE, *L'annullamento tra tradizione e innovazione: la problematica flessibilità dei poteri del giudice amministrativo*, cit., 1373.

¹³⁶ A. TRAVI, F. G. COCA, *Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento amministrativo*, in *Corr. giur.*, 7/2011, 989.

¹³⁷ F. G. COCA, *Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento amministrativo*, cit., 987.

amministrativo, senza necessità di elaborare un nuovo istituto. Verrebbero in tal modo superate, infatti, tutte le critiche e le problematiche a esso connesse.

Non vi è dubbio, infatti, che la tecnica della modulazione nasca dall'esigenza avvertita dai giudici amministrativi di salvaguardare valori ed interessi meritevoli di tutela che rischierebbero di essere gravemente pregiudicati ove si facesse una rigorosa applicazione dei caratteri tipici dell'azione di annullamento. Posta la meritevolezza della *ratio* del nuovo strumento, si tratta tuttavia di stabilire se dette esigenze possano trovare soddisfazione senza la necessità di stravolgere i connotati tipici di detta azione, in assenza di una disposizione normativa che lo autorizzi e senza introdurre una nuova azione di annullamento atipica.

Numerosi Autori, contrari al riconoscimento della tecnica modulatoria si sono infatti preoccupati di verificare l'esistenza nel sistema vigente di strumenti già codificati la cui valorizzazione, anche congiunta, consentirebbe di far fronte a quelle ipotesi in cui l'annullamento richiesto dal ricorrente non solo non sia pienamente soddisfacente nei suoi confronti ma determini altresì un grave pregiudizio all'interesse pubblico e alla posizione dei terzi controinteressati.

Una prima soluzione alternativa proposta per far fronte a tali esigenze, salvaguardando al tempo stesso la tipicità dell'azione di annullamento ed il principio dispositivo del processo amministrativo, è stata individuata nel ricorso ad altre tipologie di azioni, oggi ammesse e codificate dal codice del processo amministrativo. Si sottolinea, infatti, l'esigenza di far fronte a fattispecie per le quali l'azione di annullamento non appaia il rimedio più adeguato, uscendo dalla logica del giudizio di annullamento per inquadrare il fenomeno nell'ambito di un'azione di condanna, valorizzando l'ampio spettro di pronunce adottabili dal giudice amministrativo.

In particolare, secondo una parte della dottrina le fattispecie a fronte delle quali la giurisprudenza amministrativa ha fatto uso del potere modulatorio potrebbero essere risolte attraverso l'esperimento contestuale da parte del ricorrente dell'azione di annullamento e di adempimento ex art. 30, comma 1 e 34, comma 2 c.p.a. Una volta proposte congiuntamente le due domande, il giudice, accertata nel corso del giudizio la sopravvenuta carenza di interesse del ricorrente a conseguire la relativa sentenza costitutiva, si limiterebbe ad accertare l'illegittimità del

provvedimento ai soli fini dell'accoglimento della contestuale azione di adempimento proposta - secondo un meccanismo non dissimile da quello previsto dall'art. 34 comma 3 c.p.a per l'azione risarcitoria – obbligando l'Amministrazione all'adozione delle misure necessarie a ripristinare la legalità violata (ad esempio alla rinnovazione del procedimento pianificatorio con acquisizione della VAS nel caso esaminato dal Consiglio di Stato)¹³⁸.

La soluzione offerta si espone a una doppia censura. In primo luogo, come è stato evidenziato, la carenza di interesse alla sentenza costitutiva non sopravviene nel corso del giudizio per cause ulteriori ma è originaria. In questo caso, pertanto, la domanda di annullamento dovrebbe essere dichiarata inammissibile e non improcedibile, con conseguente travolgimento anche della domanda di adempimento che è priva di una sostanziale autonomia¹³⁹. Inoltre, la soluzione prospettata tiene conto esclusivamente delle ipotesi in cui la giurisprudenza amministrativa ha fatto uso del potere modulatorio a fronte di domande di annullamento di atti amministrativi generali, quali ad esempio i piani urbanistici, mentre mal si adegua a fronteggiare le ipotesi in cui tale potere è stato esercitato anche in sede di impugnativa di provvedimenti individuali.

Per superare questi evidenti limiti si è allora prospettata, *de iure condendo*, la necessità di un intervento legislativo volto ad ammettere l'esperibilità di un'azione autonoma di condanna pubblicistica, con contestuale accertamento dell'invalidità dell'atto, purché sottoposta allo stesso termine previsto per l'azione di annullamento, onde evitare aggiramenti della regola fissata dall'art. 34 comma 2 c.p.a.¹⁴⁰

A parte la considerazione che questa soluzione non è al momento praticabile atteso che, nonostante l'introduzione di già due correttivi al codice del processo amministrativo, resta ferma la scelta del legislatore di negare autonomia all'azione di adempimento, anche in questo caso la soluzione non si adatterebbe all'applicazione sempre più ampia che la giurisprudenza amministrativa sta facendo della tecnica modulatoria estendendola oltre le ipotesi iniziali di atti amministrativi generali e oltre

¹³⁸ L. BERTONAZZI, *Sentenza che accoglie l'azione di annullamento amputata dell'effetto eliminativo?*, cit., 1136.

¹³⁹ A. CARBONE, *Azione di annullamento, ricorso incidentale e perplessità applicative della modulazione degli effetti caducatori*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2/2013, 445.

¹⁴⁰ E' la tesi alternativa prospettata da A. CARBONE, *Azione di annullamento, ricorso incidentale e perplessità applicative della modulazione degli effetti caducatori*, cit., 449.

i casi in cui il potere modulatorio venga utilizzato per ottenere una decisione di condanna a un *facere*¹⁴¹.

Un altro tentativo di risolvere le esigenze sottese all'uso della tecnica modulatoria, evitando di farvi ricorso, è stato individuato nella valorizzazione del contenuto conformativo della sentenza di annullamento grazie alla previsione contenuta nell'art. 34, comma 1 lett. e) nella parte in cui la norma consente al giudice di disporre le “misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato”. Si è osservato come nelle fattispecie nelle quali il Consiglio di Stato ha fatto uso del potere di modulazione, rinunciando a pronunciare l'annullamento richiesto, l'esigenza di preservare l'interesse pubblico altrimenti a rischio di grave pregiudizio avrebbe potuto essere ugualmente assicurata pronunciando l'annullamento ma disponendo contestualmente le misure ritenute più idonee che l'Amministrazione avrebbe dovuto adottare, eventualmente provvedendo, già in fase di cognizione, alla nomina di un commissario *ad acta* per l'ipotesi di inadempimento¹⁴².

Pur nella condivisibilità del punto di partenza, ovvero la valorizzazione delle potenzialità intrinseche al contenuto conformativo della sentenza di annullamento, la tesi riportata non riesce tuttavia a far fronte a uno dei problemi che si è trovato ad affrontare il Consiglio di Stato in sede di elaborazione della tecnica della modulazione, quello di evitare che disponendo l'effetto caducatorio, sia pur nel breve intervallo temporale strettamente necessario a consentire all'Amministrazione di riadottare il piano faunistico illegittimo, la regione Puglia si sarebbe vista privata di qualsiasi strumento urbanistico a tutela del proprio patrimonio faunistico. Tant'è che la stessa Autrice giunge ad aderire a un'ulteriore tesi alternativa proposta per ovviare

¹⁴¹ Si pensi al caso in cui tale potere è stato utilizzato in sede di giudizio di impugnazione del provvedimento scolastico di non ammissione di un'alunna all'anno di corso successivo, quindi di un provvedimento individuale, e al solo fine di escludere che dalla portata retroattiva della sentenza di annullamento scaturissero effetti ancora più pregiudizievoli per la ricorrente e per la validità del percorso scolastico nel frattempo intrapreso, e non per ottenere l'adempimento ad un *facere* specifico da parte della p.a.

¹⁴² A. GIUSTI, *La nuova sentenza di annullamento nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato*, cit., 313. Secondo l'Autrice “*la specificazione del contenuto conformativo della sentenza, contrariamente a quanto dedotto nella sentenza dei giudici di Palazzo Spada, non può prescindere dagli effetti caducatori dell'annullamento; al Collegio spetta invece il compito di precisare, sulla base delle censure prospettate, le modalità per il successivo esercizio del potere amministrativo, avvalendosi eventualmente anche di misure “sollecitatorie”, quali la fissazione di un termine per adempiere o la nomina di un commissario ad acta*”.

al ricorso al potere modulatorio, ovvero quella della disapplicazione provvedimentoale.

E' stato, infatti, sostenuto da parte di alcuni come la questione potrebbe rinvenire una soluzione estendendo anche al giudice amministrativo il potere di disapplicazione oltre che degli atti normativi, già ammessa dalla giurisprudenza, anche di quelli amministrativi generali qualora il loro annullamento sia suscettibile di ledere interessi pubblici e con effetti limitati al solo ricorrente vittorioso¹⁴³. Si tratterebbe di una forma di disapplicazione provvedimentoale che, tuttavia, non potrebbe essere disposta dal giudice d'ufficio ma dovrebbe costituire oggetto di una specifica richiesta di parte, complementare alla richiesta di un ulteriore rimedio giurisdizionale. La stessa dottrina che propende per il riconoscimento di tale rimedio alternativo ne ammette, tuttavia, la difficile praticabilità attese le numerose resistenze mostrate dalla stessa giurisprudenza ad estendere tale istituto anche ai provvedimenti amministrativi e non solo agli atti normativi¹⁴⁴.

Come appare chiaro nessuna delle alternative prospettate sembra essere pienamente soddisfacente di quelle esigenze che hanno indotto la giurisprudenza amministrativa a ricorrere alla creazione pretoria della tecnica modulatoria. Ciascuna presenta o limiti ordinamentali rispetto alla propria praticabilità o, pur astrattamente praticabile, si rivela di fatto insufficiente a dare piena copertura a tutte le esigenze rilevanti nei casi di esercizio del potere modulatorio. Ciò dimostra, indirettamente, la necessità di tale strumento sia pur in casi eccezionali e con i dovuti limiti e le necessarie cautele.

7. *La tecnica della modulazione temporale nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Cenni.*

¹⁴³ R. DIPACE, *L'annullamento tra tradizione e innovazione. La problematica flessibilità dei poteri del giudice amministrativo*, cit., 1389; F.G. COCA, *Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento*, cit., 989.

¹⁴⁴ Sulla questione della possibilità di estendere anche al giudice amministrativo il potere proprio del giudice ordinario di disapplicazione provvedimentoale si rimanda, in senso critico, a M. MASSA, *Regolamenti amministrativi e processo. I due volti dei regolamenti e i loro riflessi nei giudizi costituzionali e amministrativi*, Napoli, 2011; ID, *L'impugnazione dei regolamenti amministrativi*, in *Nel diritto*, 2012, il quale propende per la natura spiccatamente oggettiva del processo amministrativo sui regolamenti, stante la natura normativa di tali atti e l'esigenza di salvaguardare il principio di legalità facendo prevalere la fonte di rango superiore, con conseguente impossibilità di estensione del medesimo potere ai provvedimenti amministrativi privi di tale natura. In tal senso anche R. VILLATA, *Ancora "spigolature" sul nuovo processo amministrativo?*, cit., 1517.

A margine di queste riflessioni sull'uso del potere modulatorio da parte del giudice amministrativo appare utile soffermarsi, sia pur brevemente, sull'uso della tecnica anche da parte del giudice costituzionale italiano. La necessità di disporre di strumenti che consentano di governare gli effetti nel tempo delle decisioni, infatti, è un problema che nel nostro ordinamento giuridico, e non solo, si è posto oltre che nell'ambito della giustizia amministrativa anche in quella costituzionale.

La trattazione del tema offre pertanto interessanti spunti di riflessione se si considerano le similitudini esistenti tra la pronuncia di annullamento resa dal giudice amministrativo e la sentenza di accoglimento dichiarativa della incostituzionalità della norma sottoposta al sindacato della Corte Costituzionale.

Com'è noto, infatti, nel nostro sistema di giustizia costituzionale le sentenze di accoglimento che contengono la declaratoria di incostituzionalità della norma oggetto di remissione determinano come effetto la rimozione con efficacia retroattiva della norma incostituzionale, con la conseguenza che essa non solo cessa di avere efficacia *pro futuro*, a partire cioè dal giorno successivo alla sua pubblicazione, ma anche per il passato, nel senso che sono caducati gli effetti prodotti a partire dalla data di entrata in vigore, con l'unica salvezza dei rapporti esauriti, ovvero di quelli che per ragioni processuali o sostanziali sono chiusi in modo irretrattabile e che, pertanto, restano intangibili¹⁴⁵. Secondo la ricostruzione prevalente in dottrina ed avallata dalla giurisprudenza costituzionale, la dichiarazione di illegittimità da parte della Consulta è assimilabile nei suoi effetti ad una sentenza di annullamento – alla stregua di quella resa dal giudice amministrativo - la cui natura giuridica appare duplice: dichiarativa dell'invalidità, nella parte in cui accerta l'antinomia tra la legge e la Costituzione, costitutiva, quanto all'inefficacia della legge dichiarata incostituzionale¹⁴⁶.

¹⁴⁵ L'efficacia retroattiva delle sentenze di accoglimento pronunciate dalla Corte Costituzionale deriva dal combinato disposto degli articoli 136 Cost. e art. 1 l. cost. n. 1/1948 ed è espressamente affermata dall'art. 30, comma 3, della Legge sul funzionamento della Corte costituzionale (legge ordinaria n. 87 del 1953) in base al quale "*le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione*".

¹⁴⁶ In tal senso Corte Cost. n. 127 del 1966, n. 58 del 1967 e n. 49 del 1970 in www.cortecostituzionale.it.

Il richiamo è alla nota e discussa sentenza in materia di c.d. *Robin tax*¹⁴⁷ nella quale, per fronteggiare e contenere l'impatto economico e gli effetti finanziari dirompenti che sarebbero derivati dalla naturale portata retroattiva di una pronuncia di illegittimità costituzionale, la Consulta ha fatto ricorso alla tecnica della "incostituzionalità differita" o *pro futuro*, ovvero a decorrere dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza, con salvezza di tutti gli effetti già prodotti dalla norma dichiarata incostituzionale, anche con riferimento a rapporti non ancora esauriti.

Si tratta in sostanza di un caso in cui, accertata l'illegittimità della norma sottoposta al suo sindacato, la Corte è giunta all'adozione di un dispositivo che, pur non prescindendo dall'effetto caducatorio, è tuttavia provvisto di una clausola di irretroattività che per molti aspetti richiama la tecnica modulatoria di cui ha fatto uso il giudice amministrativo. Anche in questo caso, infatti, la tecnica è stata utilizzata per salvaguardare superiori interessi di natura pubblica e generali quali, nel caso di specie, il rispetto dell'equilibrio di bilancio - oggi valore di rilievo costituzionale ai

¹⁴⁷ Corte Cost., 11 febbraio 2015, n. 15 in www.cortecostituzionale.it con la quale la Corte ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 81, commi 16, 17, e 18 D.L. 112/2008 nella parte in cui tale disciplina prevedeva un prelievo aggiuntivo all'imposta sul reddito delle società, posto a carico esclusivamente delle società operanti nel settore energetico e degli idrocarburi e che avessero conseguito nel periodo d'imposta precedente ricavi superiori a 25 milioni di euro, per contrasto con gli artt. 3 e 53 Cost. sotto il profilo della ragionevolezza e della proporzionalità a causa dell'incongruità dei mezzi approntati dal legislatore rispetto allo scopo perseguito, di per sé legittimo. Per un commento alla sentenza si rinvia a R. PINARDI, *La modulazione degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità e la logica del giudizio in via incidentale in una decisione di accoglimento con clausola di irretroattività*, in *Consulta online*, in www.giurcost.org, 2015, n. 1, 220 ss.; M. CAREDDA, M. RUOTOLO, *Virtualità e limiti del potere di regolazione degli effetti temporali delle decisioni d'incostituzionalità. A proposito della pronuncia sulla c.d. Robin tax*, in *Rivista AIC*, 2015, n. 2; G. FRANSONI, *L'efficacia nel tempo della declaratoria di incostituzionalità della "Robin Hood Tax"*, in *Corr. trib.*, 2015, n. 13, 967 ss.; A. LANZAFAME, *La limitazione degli effetti retroattivi delle sentenze di illegittimità costituzionale tra tutela sistemica dei principi costituzionali e bilanciamenti impossibili. A margine di Corte costituzionale n. 10/2015*, in *Rivista AIC*, 2015, n. 2; I. MASSA PINTO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 10 del 2015 tra irragionevolezza come conflitto logico interno alla legge e irragionevolezza come eccessivo sacrificio di un principio costituzionale: ancora un caso di ipergiusdizionalismo costituzionale*, in www.costituzionalismo.it, 2015, n. 1; A. MASTROBERTI, *"Robin hood tax" illegittima, irragionevole e mal strutturata, ma solo a decorrere dal futuro*, in *Il fisco*, 2015, n. 9, 866 ss.; S. SCAGLIARINI, *La Corte tra Robin Hood Tax e legislatore "Senzaterra"*, in *Consulta online*, in www.giurcost.org, 2015, n. 1, 232 ss.; R. DICKMANN, *La Corte costituzionale torna a derogare al principio di retroattività delle proprie pronunce di accoglimento per evitare "effetti ancor più incompatibili con la Costituzione"*, in *Federalismi.it*, n. 4/2015; A. ANZON DEMMIG, *La Corte costituzionale "esce allo scoperto" e limita l'efficacia retroattiva delle proprie pronunzie di accoglimento*, in *Giur. cost.*, 2015, 67 ss.; E. GROSSO, *Il governo degli effetti temporali nella sentenza n.10/2015. Nuova dottrina o ennesimo episodio di un'interminabile rapsodia?*, in *Giur. Cost.*, 2015, 79 ss.; A. PUGIOTTO, *La rimozione della pregiudizialità costituzionale nella sentenza n. 10/2015*, in *Giur. Cost.*, 2015, 90 ss.; R. BIN, *Quando i precedenti degradano a citazioni e le regole evaporano in principi*, in forumcostituzionale.it.

sensi dell'art. 81 Cost. – oltre che delle esigenze di uguaglianza e solidarietà prescritte dagli artt. 2 e 3 Cost.¹⁴⁸.

Sebbene la pronuncia non costituisca il primo esempio di sentenza di accoglimento irretroattiva, in quanto già in passato la Corte ha fatto ricorso a pronunce caducatorie con effetti retroattivi limitati, specie a fronte di sentenze additive che, comportando obblighi di prestazione in capo allo Stato, rischiavano di incidere in senso negativo sull'equilibrio finanziario del Paese, la sua portata innovativa risiede nella teorizzazione di un generale potere di modulare gli effetti caducatori delle proprie sentenze sui rapporti ancora pendenti, di cui la Consulta provvede ad individuare fondamento giuridico e limiti¹⁴⁹.

In particolare, nel far ricorso alla tecnica della modulazione, la Corte osserva che il principio secondo cui alle pronunce di annullamento deve riconoscersi una efficacia *pro praeterito*, pur potendo essere qualificato come generale, non è tuttavia privo di limiti. Una prima eccezione incontestata è rappresentata dall'impossibilità di travolgere i rapporti c.d. esauriti. Un ulteriore limite sarebbe poi rappresentato dalla necessità di “salvaguardare principi o diritti di rango costituzionale”. In questa seconda ipotesi l'individuazione di tali principi o diritti sarebbe di competenza della Consulta, traducendosi in un'“attività di bilanciamento”.

La praticabilità del potere di relativizzazione degli effetti temporali delle pronunce di incostituzionalità si ricaverebbe, a parere della Consulta, anche da un dato comparativo atteso che numerosi altri sistemi europei di giustizia costituzionale

¹⁴⁸ La portata retroattiva della sentenza di accoglimento avrebbe, infatti, prodotto come effetto la nascita del diritto in capo alle numerose imprese di richiedere il rimborso delle imposte indebitamente versate perché riscosse in forza di un tributo dichiarato incostituzionale, stimando che l'ammontare complessivo delle restituzioni dovute avrebbe richiesto la necessità di varare una manovra fiscale aggiuntiva con serio rischio per la stessa tenuta del sistema finanziario attesa, tra l'altro, la grave congiuntura economica in atto.

¹⁴⁹ Si fa riferimento alle sentenze Corte Cost., n. 266/1988; Corte Cost., n. 501/1988; Corte Cost., n. 50/1989 in www.cortecostituzionale.it. Per le questioni affrontate nelle tre pronunce si rimanda a M. CAREDDA, M. RUOTOLO, *Virtualità e limiti del potere di regolazione degli effetti temporali*, cit., 13; F. POLITI, *Gli effetti nel tempo*, cit., 253, che ha ritenuto di ricondurre queste prime decisioni con effetti limitati all'interno delle pronunce c.d. manipolative; S. BARTOLE, *Elaborazione del parametro ed articolazione del dispositivo in una sentenza sull'ordinamento giudiziario militare*, in *Giur. cost.*, 1988, 1089 ss.; M.R. MORELLI, “*Incostituzionalità sopravvenuta*” e decisioni di accoglimento “*dal momento in cui*”. *Spunti sull'ammissibilità di una nuova ipotesi tipologica di decisione di accoglimento parziale*, in *Giust. civ.*, 1987, I, 776 ss.; P. CARNEVALE, *La dichiarazione di incostituzionalità sopravvenuta dell'art. 15 legge 180 del 1981 fra irrilevanza ed infondatezza della relativa “quaestio legitimitatis”*, in *Giur. it.*, 1989, I, 409.

conoscono e praticano la tecnica, ancorché in assenza di una disciplina positiva attributiva di tali poteri¹⁵⁰.

L'esercizio di tale potere viene tuttavia subordinato dalla Corte al "principio di stretta proporzionalità", che si estrinseca nella verifica della sussistenza di due requisiti: la necessità di tutelare uno o più principi costituzionali che sarebbero altrimenti "irrimediabilmente compromessi"; l'obbligo di circoscrivere gli "effetti retroattivi a quanto strettamente necessario".

La sentenza non ha mancato di sollevare numerose contestazioni nella dottrina costituzionalista, in modo pressoché analogo a quanto avvenuto nel settore della giustizia amministrativa a seguito della introduzione per via pretoria della tecnica modulatoria.

Il primo aspetto contestato è il contrasto con il principio dell'automatica e connaturata efficacia retroattiva della declaratoria di incostituzionalità, sicché una pronuncia che limiti temporalmente tale efficacia e disponga effetti solo *pro futuro* urterebbe contro l'articolo 1 della l. cost. 1/1948¹⁵¹. Si ritiene, pertanto, che una deroga a tale principio non possa essere elaborata per via pretoria ma necessiti di un intervento legislativo, tra l'altro di rango costituzionale¹⁵².

L'obiezione principale e maggiormente condivisa alla praticabilità della tecnica modulatoria da parte della Consulta si fonda invero sull'incompatibilità esistente fra la limitazione degli effetti temporali e la previsione del giudizio incidentale, ovvero con l'irrinunciabile carattere di pregiudizialità della questione di legittimità costituzionale. La sentenza della Corte che limiti *pro futuro* i propri effetti non avrebbe, infatti, alcun effetto nel giudizio *a quo*, sicché non solo verrebbe tradita

¹⁵⁰ AAVV, *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere (Atti del seminario tenuto a Roma, Palazzo della Consulta, 23-24 novembre 1988)*, Milano, 1989; R. PINARDI, *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi*, Milano, 2007, 25. In particolare, sul modello austriaco, M. CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano, 1968, 49 ss. e 92 ss.; sul modello tedesco e austriaco, A.A. CERVATI, *Incostituzionalità delle leggi ed efficacia delle sentenze delle Corti costituzionali austriaca, tedesca ed italiana*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale*, cit., 287 ss.

¹⁵¹ Posizione sostenuta tra gli altri da G. ZAGREBELSKY, *Il controllo da parte della Corte costituzionale degli effetti temporali delle pronunce d'incostituzionalità: possibilità e limiti*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale*, cit., 199, secondo cui nel nostro ordinamento "gli effetti delle decisioni di incostituzionalità sono integralmente previsti dal diritto ed operano del tutto automaticamente".

¹⁵² S. FOIS, *Considerazioni sul tema*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale*, cit., 29; M. POLESE, *L'equilibrio di bilancio come limite alla retroattività della sentenza di accoglimento (Commento alla sentenza della Corte costituzionale n. 10/2015)*, in *Rivista AIC*, aprile 2015, 8.

la natura incidentale del giudizio ma, soprattutto, resterebbe disattesa l'esigenza di tutela del singolo che è connessa al sistema incidentale di controllo della costituzionalità delle leggi, con conseguente violazione del diritto alla tutela giurisdizionale di cui all'art. 24 Cost.¹⁵³.

A fronte di tali obiezioni sono state fornite alcune possibili soluzioni alternative alla pratica della modulazione temporale degli effetti delle sentenze di incostituzionalità, onde raggiungere il medesimo obiettivo perseguito, senza tuttavia esporsi alle conseguenze pregiudizievoli derivanti dal ricorso alla tecnica.

Secondo una parte della dottrina la tutela del valore costituzionale dell'equilibrio di bilancio avrebbe potuto ugualmente essere assicurata ricorrendo a tipologie di sentenze già in uso presso la Consulta¹⁵⁴.

Il riferimento è alle c.d. sentenze monitorie con cui, pur accertata l'illegittimità di una disposizione normativa, la Corte non ne pronuncia immediatamente l'incostituzionalità ma o rigetta la questione sollevata o la dichiara inammissibile per rispetto della discrezionalità del legislatore, esortandolo al contempo ad intervenire per adeguare la disciplina vigente entro un certo lasso temporale. Solo nell'ipotesi di inadempimento o inerzia da parte del legislatore la Corte potrà pronunciare una nuova decisione di accoglimento i cui effetti retroagiscono sino alla data della precedente¹⁵⁵. O, in alternativa, alle decisioni di

¹⁵³ In tal senso R. PINARDI, *La modulazione degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità e la logica del giudizio in via incidentale in una decisione di accoglimento con clausola di irretroattività*, in *Consulta online*, aprile 2015; A. RUGGERI, *Sliding doors per la incidentalità nel processo costituzionale (a margine di Corte cost. n. 10 del 2015)*, in *Consulta on line*, 9 aprile 2015, 2; A. PUGIOTTO, *Un inedito epitaffio per la pregiudizialità costituzionale*, in *Forum di Quad. cost.*, 3 aprile 2015, 4; R. ROMBOLI, *L'obbligo per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine: natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti*, in *Forum di Quad. cost.*

¹⁵⁴ Per un'analisi delle differenti tipologie di sentenze pronunciabili dalla Corte Costituzionale si rinvia a G. FALCON, *Lineamenti di diritto pubblico*, Padova, 2014, 502 ss; AA.VV., *La prassi del controllo di costituzionalità nell'attualità: tipologie di decisioni "di merito" nei giudizi sulle leggi. Incontro di lavoro con il Supremo Tribunale Costituzionale*, 17 marzo 2008, in *Consulta online*, 2008;

¹⁵⁵ I. MASSA PINTO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 10 del 2015 tra irragionevolezza come conflitto logico interno alla legge e irragionevolezza come eccessivo sacrificio di un principio costituzionale: ancora un caso di ipergiusdizionalismo costituzionale*, cit., 9; S. SCAGLIARINI, *La Corte tra Robin Hood Tax e legislatore "Senzaterra"*, cit., 234. Si parla in questi casi di modulazione temporale *pro futuro* che non porrebbe gli stessi problemi di quella *pro preterito* con la quale invece si dichiara immediatamente l'incostituzionalità della norma, senza lasciare al legislatore il tempo di intervenire a modificarla secondo le prescrizioni dettate, ma si ancora tale incostituzionalità ad un *dies a quo* diverso da quello dell'entrata in vigore della norma. Su tale distinzione si veda B. CARAVITA, *La modifica dell'efficacia temporale delle sentenze della Corte Costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1988, 2461; A. PIZZORUSSO, *Soluzioni tecniche per graduare gli effetti nel tempo delle decisioni di accoglimento della Corte Costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1988, 2422 ss.; R. PINARDI, *La Corte e il*

costituzionalità provvisoria dette di “ancora costituzionalità”, con le quali la Consulta dichiara non fondata la questione allo stato o per ragioni di straordinarietà ed eccezionalità, ma condiziona il rigetto della questione al progressivo riordinamento legislativo o al perdurare della situazione di eccezionalità¹⁵⁶.

In alternativa, la Corte avrebbe potuto accogliere la questione sollevata, senza far ricorso alla clausola di retroattività, ma lasciando al legislatore, nell’esercizio della propria discrezionalità, il compito di intervenire a fronteggiare le conseguenze della pronuncia: ad esempio ripristinando il tributo secondo forme compatibili con le indicazioni della Corte o prevedendo una nuova disciplina legislativa anche retroattiva che colpisca la stessa capacità contributiva già incisa dalla legge dichiarata incostituzionale¹⁵⁷.

La dottrina favorevole all’introduzione della tecnica replica invece che tutte le altre possibili soluzioni alternative prospettate non avrebbero avuto la medesima efficacia incisiva e si sarebbero pertanto mostrate inadeguate a salvaguardare i concorrenti valori costituzionali¹⁵⁸.

Al di là degli aspetti critici e delle problematiche evidenziate, è significativo che l’esigenza di modulare diversamente gli effetti tipici delle proprie sentenze di annullamento non sia stata avvertita solo dal giudice amministrativo ma anche dal giudice costituzionale. La tendenza in atto sembra infatti dimostrare una generale insoddisfazione verso il tradizionale modello di annullamento giurisdizionale vigente che si mostra sempre più inadeguato a soddisfare la molteplicità di esigenze poste dalle diverse fattispecie sottoposte alla cognizione del giudice e come necessiti, quindi, di essere modellato per aderire alle specificità dei casi esaminati.

In questo contesto il giudice si sente sempre più frequentemente investito dell’esigenza di uscire da rigidi schemi ed automatismi per adeguare la forma di tutela giurisdizionale offerta al caso concreto, salvaguardano la tutela dei rilevanti

legislatore: spunti e riflessioni in tema di efficacia pro futuro delle sentenze di accoglimento, in *Giur. Cost.*, 1991, 788 ss.; G. SILVESTRI, *Effetti normativi ed effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale: due aspetti dello stesso problema*, in AA.VV., *Effetti temporali*, cit., 47 ss.

¹⁵⁶ AA.VV., *La prassi del controllo di costituzionalità nell’attualità: tipologie di decisioni “di merito” nei giudizi sulle leggi. Incontro di lavoro con il Supremo Tribunale Costituzionale*, 17 marzo 2008, cit., 16.

¹⁵⁷ V. ONIDA, *Relazione di sintesi*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale*, cit., 338 ss.

¹⁵⁸ M. CAREDDA, M. RUOTOLO, *Virtualità e limiti del potere di regolazione degli effetti temporali*, cit., 9.

interessi pubblici coinvolti e facendosi carico delle conseguenze che le proprie pronunce di annullamento sono suscettibili di produrre nel sistema.

Non può, tuttavia, trascurarsi il diverso ruolo istituzionale rivestito dal giudice delle leggi rispetto al giudice amministrativo e, soprattutto, le differenze ontologicamente connesse alla natura e funzione dei giudizi che si svolgono dinanzi a questi.

La Corte Costituzionale, infatti, non è solo giudice del caso concreto ma giudice del sistema. E' evidente, pertanto, che per assolvere la sua funzione istituzionale debba necessariamente rappresentarsi gli esiti delle sue decisioni di accoglimento, valutando non solo il risultato normativo che viene a determinarsi per effetto delle stesse, ma anche l'impatto che possono produrre a livello economico-sociale, sull'indirizzo politico o sull'attività giurisdizionale. Sebbene vada comunque evidenziato che anche l'esercizio del potere modulare da parte della Corte Costituzionale non può mai spingersi in valutazioni sull'opportunità del contenuto di una certa legge. Anche la Consulta, infatti, non può decidere se quella sottoposta al proprio sindacato sia la migliore legge adottabile ma solo stabilire se sia stata rispettata la Costituzione e il limite della ragionevolezza.

Lo stesso non può dirsi per il giudice amministrativo, specie nell'ambito del giudizio di legittimità, che è invece chiamato a sindacare la legittimità di un provvedimento lesivo della sfera giuridica del singolo, onde garantirne la soddisfazione della sottostante pretesa sostanziale. Il ruolo del processo amministrativo, infatti, non è garantire la migliore soddisfazione dell'interesse pubblico coinvolto - trattandosi di funzione per legge attribuita all'amministrazione pubblica - ma tutelare la posizione giuridica individuale del ricorrente vittorioso.

E chiaro, quindi, come l'autoattribuzione del potere di modulare gli effetti delle proprie sentenze da parte dei due giudici, anche se sintomatica di un comune sentire e di analoghe esigenze avvertite, non può essere valutata in modo uniforme e pone problematiche di entità e portata diverse.

8. *Considerazioni conclusive.*

La nascita ancora troppo recente della tecnica di modulazione temporale non permette di tracciare un quadro preciso e ben delineato delle effettive conseguenze e

ripercussioni che la sua introduzione ha prodotto sul nostro sistema di giustizia amministrativa, diversamente da quanto è possibile fare in altri ordinamenti, come in quello francese o europeo che, come vedremo, conoscono e praticano l'istituto da tempi ben più risalenti.

Pur rinviando alla parte conclusiva del lavoro le riflessioni generali sul tema, è tuttavia possibile sintetizzare i caratteri generali di tale strumento, come delineati dalla giurisprudenza nelle sue prime applicazioni pratiche, e i risultati concreti che ha consentito finora di perseguire, onde poi coglierne i possibili sviluppi applicativi.

In primo luogo quello modulatorio è oggi concepito come un potere officioso, venendo per lo più attivato su iniziativa del giudice, anche in assenza di un'espressa richiesta di parte. L'applicazione pratica della tecnica dimostra, tuttavia, che in alcuni casi recenti sono le stesse parti, specie i controinteressati o la stessa amministrazione resistente, a chiedere che, ove il giudice accerti l'illegittimità del provvedimento impugnato e si determini all'accoglimento della domanda, limiti gli effetti di tale statuizione in modo da preservare le posizioni giuridiche coinvolte e l'interesse pubblico tutelato dal provvedimento affetti dal vizio denunciato.

Questo primo sviluppo applicativo nell'uso della tecnica consente di attenuare alcune delle conseguenze negative ad essa connesse, prima fra tutte l'esercizio di un potere valutativo discrezionale da parte del giudice in ambiti in cui è sprovvisto di giurisdizione di merito. Se è la stessa amministrazione resistente a chiedere di limitare gli effetti di una eventuale sentenza di annullamento, onde preservare gli effetti già prodotti dall'atto, o a domandare di non disporre l'annullamento fino all'adozione di un nuovo provvedimento emendato dal vizio rilevato, è evidente che il giudice si limiterà a recepire una prospettazione fornita dalla stessa amministrazione e, quindi, non vi sarà una concreta ingerenza nell'esercizio del suo potere discrezionale.

L'assenza di una regolamentazione in ordine alle modalità di esercizio di tale potere da parte del giudice fa sì che non esista allo stato attuale un preciso *iter* procedimentale da attivare a fronte del suo esercizio, né un puntuale obbligo di motivazione da assolvere. L'applicazione pratica della tecnica mostra tuttavia che quante volte il giudice amministrativo vi abbia fatto ricorso ha sempre motivato le ragioni che lo hanno indotto a fare uso del potere modulatorio, con particolare

riferimento alle ragioni di interesse pubblico che si è inteso tutelare e agli effetti pregiudizievoli che si volevano evitare.

Per quanto concerne l'area di operatività, l'evoluzione giurisprudenziale in materia evidenzia come l'uso della tecnica sia stato progressivamente esteso a fattispecie via via più ampie. Nata con riferimento a casi in cui veniva in rilievo l'impugnazione di atti amministrativi generali - in particolare strumenti di pianificazione urbanistica - per loro natura produttivi di effetti nei confronti di una vasta categoria di soggetti e fortemente incidenti sulla tutela di un interesse pubblico generale, la tecnica ha finito con l'essere applicata, più di recente, anche ad atti amministrativi individuali che, pur essendo diretti a un destinatario individuato sono suscettibili, in caso di annullamento retroattivo, di incidere in senso negativo nella sfera giuridica di un'ampia categoria di terzi controinteressati come nel caso tipico degli atti delle procedure concorsuali, provvedimenti di avanzamento in carriera con riferimento al travolgimento dell'efficacia degli atti adottati dal soggetto illegittimamente promosso o di promozione scolastica.

Non sempre rispetto a questa categoria di atti le motivazioni addotte a giustificazione del ricorso alla tecnica appaiono tuttavia ragionevoli o realmente necessitate. La natura eccezionale dello strumento dovrebbe invece suggerirne un uso limitato ai casi in cui la limitazione degli effetti retroattivi dell'annullamento giurisdizionale si ponga come *extrema ratio* per la tutela di quelle esigenze che la tecnica tende a preservare, onde contenere il rischio di un esercizio arbitrario del potere.

Quanto all'individuazione degli interessi a protezione dei quali la tecnica modulatoria è stata adottata, viene per lo più in rilievo l'esigenza di protezione dell'interesse pubblico generale, specie se di rilevanza comunitaria.

Come si è visto, il ricorso alla tecnica è stato giustificato dalla necessità di evitare vuoti di tutela ed effetti pregiudizievoli per l'interesse ambientale, l'interesse alla corretta pianificazione territoriale e al conseguente sfruttamento edilizio, l'interesse a preservare l'equilibrio economico-finanziario, la stabilità delle situazioni giuridiche coinvolte con particolare riferimento all'elevato numero di rapporti giuridici che rischierebbe di essere travolto e gravemente pregiudicato da un annullamento costitutivo e retroattivo.

La necessità di tutelare l'interesse pubblico che sta alla base del ricorso all'esercizio di tale potere si accompagna, tuttavia, alla realizzazione del principio dell'effettività della tutela e all'esigenza di attribuire al ricorrente vittorioso un risultato effettivamente utile che non ecceda quanto realmente necessario a soddisfare la sua pretesa. In ciascuna delle pronunce nella quali il giudice amministrativo ha esercitato il potere di modulazione, infatti, è sempre presente una valutazione in ordine al grado di effettiva satisfattività della pronuncia di annualmente in relazione ai suoi effetti. Il giudice modula la tutela costitutiva dosandola, onde evitare di attribuire al ricorrente effetti non utili perché sovrabbondanti o addirittura pregiudizievoli per la sua posizione sostanziale.

Ciò consente di superare o quanto meno ridimensionare una delle principali censure mosse da una parte della dottrina contraria alla praticabilità della tecnica in ragione della natura oggettiva della giurisdizione che essa esprimerebbe, tesa cioè a preservare l'interesse pubblico e non a realizzare la protezione dell'interesse individuale del ricorrente.

Se è vero, infatti, che l'obiettivo perseguito sembra essere quello di offrire una migliore tutela dell'interesse pubblico coinvolto e il miglior assetto possibile degli interessi in gioco, la tutela della posizione giuridica soggettiva del ricorrente non resta sullo sfondo ma viene opportunamente valorizzata, sia pur in rapporto agli altri interessi esistenti, di cui il giudice amministrativo ritiene di dover farsi carico. Non a caso la dottrina minoritaria, sostenitrice della praticabilità della tecnica modulatoria nella sua duplice accezione di strumento finalizzato a consentire pronunce di annullamento irretroattive e sentenze di annullamento a effetti solo conformativi, evidenzia come la stessa costituisca strumento di attuazione del principio di effettività della tutela, sancito e riconosciuto dallo stesso codice del processo amministrativo¹⁵⁹.

¹⁵⁹ L'effettività della tutela giurisdizionale è definita come la capacità del processo di conseguire risultati nella sfera sostanziale, vale a dire di garantire la soddisfazione dell'interesse dedotto in giudizio dal ricorrente il cui ricorso, rivelandosi fondato, sia stato accolto. Tra i numerosi Autori che hanno commentato il principio dell'effettività della tutela, si rinvia a R. CAPONIGRO, *Una nuova stagione per la tutela giurisdizionale degli interessi legittimi*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2012; ID, *Il principio di effettività della tutela nel codice del processo amministrativo*, in *Foro Amm. - CdS*, 2011; M. RENNA, *Giusto processo ed effettività della tutela in un cinquantennio di giurisprudenza costituzionale sulla giustizia amministrativa: la disciplina del processo amministrativo tra autonomia e "civiltà"*, in *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, (a cura di) G. Della Cananea e M. Dugato, Napoli, 2006, 585 che parla di un vero e proprio "nuovo

Come ha chiarito la stessa giurisprudenza amministrativa che ha coniato la tecnica, infatti, la regola della portata retroattiva e della natura costitutiva della sentenza di annullamento costituisce un ineluttabile corollario del principio di effettività della tutela. Ma proprio per questo motivo essa è passibile di deroghe quante volte la sua pedissequa applicazione finisca con il produrre risultati incongrui e manifestamente ingiusti risolvendosi in pregiudizio allo stesso interesse del ricorrente vittorioso e, quindi, con il tradire quello stesso principio di effettività a presidio del quale è posta.

L'attuazione di tale principio consentirebbe, quindi, di affermare non solo l'atipicità del novero di azioni concretamente esperibili nell'ambito del processo amministrativo, ma altresì l'atipicità del contenuto delle decisioni adottabili con riferimento alle azioni tipizzate dal legislatore, prima fra tutte quella di annullamento.

L'applicazione della tecnica produrrebbe inoltre nell'ordinamento un nuovo modello flessibile e "a geometrie variabili" di annullamento giurisdizionale il quale, valorizzando il nuovo ruolo pragmatico del giudice amministrativo, consentirebbe di adeguare lo strumento impugnatorio alle effettive esigenze e specificità del caso concreto e di fornire al ricorrente l'utilità necessaria e sufficiente a proteggerne l'interesse, evitando al contempo, ove possibile, le conseguenze inutili o addirittura pregiudizievoli conseguenti ad una sua rigida applicazione avendo riguardo sia all'interesse pubblico che alla posizione di terzi controinteressati.

corso" della giurisprudenza costituzionale sul processo amministrativo; M. RAMAJOLI, *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1/2013, 100.

CAPITOLO SECONDO

LA MODULATION DANS LE TEMPS DES EFFETS D'UNE ANNULATION CONTENTIEUSE NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO FRANCESE

SOMMARIO: 1. Premessa: ragioni della comparazione. 2. L'azione di annullamento dell'atto amministrativo nell'ordinamento francese: caratteri e funzioni. 2.1. L'evoluzione del recours pour excès de pouvoir e il fenomeno del tendenziale avvicinamento al contentieux de pleine juridiction. 3. L'illégalité sans l'annulation: le tecniche procedurali elaborate dal giudice amministrativo per evitare annullamenti inutili o nefasti di atti illegittimi. 3.1. Les techniques correctives: la substitution de motifs et de base légale. 3.2. Les techniques neutralisantes: la réserve d'intérêt général. 3.3. La teoria dei vices non substantiels. 3.4. La tecnica de l'annulation partielle, conditionnelle ou aux effets diffères. 3.5. Prime osservazioni sull'uso delle tecniche correttive e neutralizzanti. 4. Il principio di retroattività della sentenza di annullamento del recours pour excès de pouvoir e i suoi temperamenti. 5. Il potere di modulazione temporale degli effetti della sentenza di annullamento: tra rivoluzione ed evoluzione. 5.1. Il leading case Association AC! et autres: natura, campo di applicazione, limiti e condizioni di esercizio del potere modulare. 5.2. Evoluzione e sviluppi nella giurisprudenza amministrativa: bilancio e prospettive di oltre un decennio di applicazione. 6. La modulazione temporale degli effetti delle décisions d'abrogation del Conseil Constitutionnel. Cenni. 7. La modulation dans le temps e le sue conseguenze sul sistema del contentieux administratif. Conclusioni.

1. Premessa: ragioni della comparazione.

La scelta dell'ordinamento giuridico francese quale oggetto principale dell'indagine comparata di questo lavoro è dettata principalmente dalle comuni radici

della nostra giustizia amministrativa rispetto al sistema del *contentieux administratif* francese¹ e dalla evidente influenza che tale sistema ha esercitato anche sulla giustizia amministrativa comunitaria nella configurazione dell'azione di annullamento².

Il raffronto con questo ordinamento, che rappresenta il sistema à *droit administratif* per eccellenza, consente, infatti, di indagare, ai fini che più propriamente riguardano il tema oggetto di analisi, le compatibilità della tecnica di modulazione temporale con un contenzioso a forte caratterizzazione oggettiva - qual è quello del *recours pour excès de pouvoir* - teso principalmente a ristabilire la legalità violata attraverso l'indefettibile rimozione retroattiva dell'atto amministrativo illegittimo e connotato, sin dalle origini, dalla centralità nel sistema di giustizia amministrativa di una tipica azione costitutiva, qual è l'azione di annullamento.

Non è un caso, infatti, che la dottrina francese, commentando la creativa opera giurisprudenziale del *Conseil d'État* in materia di modulazione temporale, sia concorde nell'annoverare tale tecnica tra i recenti e sempre più numerosi indici ascrivibili al processo di tendenziale avvicinamento, ormai da alcuni anni in atto, del *recours pour excès de pouvoir* al *contentieux de pleine juridiction*, frutto di una sua deriva in senso soggettivistico³.

¹ Sulle comuni origini del nostro giudizio di legittimità e il *recours pour excès de pouvoir* francese e per un'analisi critica degli sviluppi, in parte divergenti, che i due rimedi hanno avuto, si rinvia a F.G. SCOCA, *Recours pour excès de pouvoir e ricorso al giudice amministrativo. Stesse radici, simili problemi, soluzioni diverse*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1, 2013, 1 ss.; W. GASPARRI, *La struttura del contentieux administratif, le tutele differenziate e i riti speciali nell'ordinamento francese*, in D. SORACE (a cura di), *Discipline processuali differenziate nei diritti amministrativi europei*, Firenze, 2009, 123 ss.; S. CASSESE, *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Milano, 2010; L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2001; A. SANDULLI, *Costruire lo Stato, La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano 2009; A. CELARD, *Jurisdiction administrative française et juridiction administrative italienne: structure des contentieux*, in *Études en l'honneur de Pierre Sandevoyr, Service public*, Paris, 2000, 34 ss.

² Sebbene la questione sarà oggetto di più approfondita indagine nel capitolo successivo, dedicato al tema della modulazione temporale delle sentenze di annullamento rese dalla CGUE, si rinvia sin da ora per le origini storiche dell'azione di annullamento comunitario relativamente alla sua costruzione sul modello francese del rimedio giurisdizionale del *recours pour excès de pouvoir* a F. DONNAT, *Contentieux communautaire de l'annulation*, Paris, 2008, 6.

³ Sul processo tuttora in atto di progressiva soggettivizzazione del *recours pour excès de pouvoir* e del suo avvicinamento al *recours de pleine juridiction*, pur rinviando per una più dettagliata analisi al prosieguo della trattazione, si rimanda sin da ora a M. LETOURNER, *L'apparition de nouveaux éléments subjectifs dans le recours pour excès de pouvoir*, EDCE, 1953, n. 7, 66; P. FRAISSEX, *La révolution mythologique du juge de l'excès de pouvoir*, in *LPA*, 2005, 180; M. MANCIA, *Développements au nom du caractère subjectif du recours pour excès de pouvoir*, in *LPA*, juin 2006, 122; D. GILTARD, *L'avenir du recours pour excès de pouvoir*, in *Le juge administratif et l'Europe: le*

E' interessante analizzare, ai fini dell'indagine che ci si propone di operare, che anche in Francia, come in Italia, si assiste da tempo a un fenomeno di progressiva dissociazione tra accertamento dell'illegittimità dell'atto amministrativo e necessaria annullabilità del medesimo che, già prima del riconoscimento a livello giurisprudenziale della tecnica della modulazione temporale, con l'ormai noto *arrêt Association AC!*⁴, aveva portato la giurisprudenza amministrativa francese a elaborare tecniche procedurali per evitare l'annullamento di atti illegittimi⁵ o per temperare gli effetti pregiudizievoli e manifestamente eccessivi del principio della retroattività dell'effetto di annullamento nel *recours pour l'excès de pouvoir*⁶.

Altra ragione che giustifica la comparazione con l'ordinamento francese è rappresentata dalla creazione pretoria della tecnica di modulazione temporale. Anche in Francia, infatti, tale potere non ha un fondamento normativo ma è il frutto di un'elaborazione giurisprudenziale che, tuttavia, ha potuto fin dal 2004 delinearne l'ambito di operatività e le condizioni di esercizio, dettando un quadro di principi e regole entro cui la pronuncia di *illégalité sans l'annulation* o di *annulation ex nunc e pro futuro* dell'atto amministrativo impugnato può collocarsi⁷. In entrambi gli

dialogue des juges. Actes du colloque du 50e anniversaire des tribunaux administratifs, Grenoble, 2006, 205; A. CLAEYS, *L'évolution de la protection juridictionnelle de l'administré au moyen du recours pour excès de pouvoir*, Thèse, Poitiers, 2005; S. DOUMBE BILLE, *Recours pour excès de pouvoir et recours de plein contentieux, à propos de la nouvelle frontière*, in *AJ*, 1993, 3; B. PACTEAU, *Du recours pour excès de pouvoir au recours de pleine juridiction?*, in *R.A.*, 1999, numéro spécial, *Evolution et révolution du contentieux administratif*, 51 ss.

⁴CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC! et autres*, Rec. 197, concl. Devys; in *Dr. Adm.*, 2004, chron. n. 15 par F. MELLERAY e O. DUBOS; in *AJDA*, 2004, 1183 chron. C. Landais e F. Lenica; in *RDP*, 2005, 536 con nota di C. GUETTIER; in *RFDA*, 2004, 454, concl. Devys; in *Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative (GAJA)*, XV éd., Paris, 118.

⁵Ci si riferisce alle tecniche giurisdizionali della *substitution de base légale*, della *neutralisation des motifs*, delle *réserves d'intérêt général*, alla teoria dei *vices non substantiels* e alla tecnica dell'*annulation partielle*, *l'annulation "en tant que"*, *l'annulation "en tant que ne pas"* per le quali si rinvia sin da ora a F. BLANCO, *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité. Contribution à l'étude de l'évolution des techniques juridictionnelles dans le contentieux de l'excès de pouvoir*, Marseille, 2010, 269 ss.; D. CONNIL, *L'office du juge administratif et le temps*, Paris, 2012, 339 ss.; D. BAILLEUL, *Les nouvelles méthodes du juge administratif*, in *AJDA*, 30/2014, 1626; B. SEILLER, *L'illégalité sans l'annulation*, in *AJDA*, 18/2004, 963; F. DONNAT, D. CASAS, *La substitution de base légale et l'office du juge de l'excès de pouvoir*, in *AJDA*, 2004; S. LETRANCHANT, *Substitution de base légale et garantie du contribuable: une conciliation difficile, voire impossible*, Paris, 2006.

⁶ Si fa riferimento alla teoria del *fonctionnaires de fait*, allo strumento delle *lois de validation* e alla regola del *service fait* per le quali si rimanda, in dottrina, a R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, cit. 1137 ss; R. ROUQUETTE, *Petit traité du procès administratif*, cit., 610 ss.; J.-P. LOMBARD WEISS, *L'apparence en droit administratif*, Paris, 2009; T. ROSSEAU, *Essai d'une théorie de la fonction et des fonctionnaires de fait*, Paris, 1914.

⁷ Invero nell'ordinamento giuridico francese il legislatore ha avvertito la necessità di intervenire per dotare il giudice amministrativo di un tale potere, tuttavia, tale intervento non è giunto ad assumere la fisionomia di una legge, restando allo stadio di mero progetto, il cui *iter* è stato interrotto

ordinamenti resta comunque attuale il dibattito dottrinale circa la necessità che l'esercizio di un tale potere poggi o meno su un referente normativo che lo legittimi, così come tra l'altro avviene nell'ordinamento comunitario. L'orientamento favorevole alla natura pretoria della tecnica argomenta nel senso della maggiore flessibilità e adeguabilità alle specificità dei casi concreti offerta da una elaborazione giurisprudenziale dell'istituto rispetto a quella fissa e immutabile della soluzione normativa⁸. Al contrario, i fautori della necessità di una disposizione normativa sostengono come una tale tecnica, in quanto attribuita al giudice di poteri normativi, possa essere esclusivamente oggetto di un'espressa autorizzazione da parte del legislatore e che l'ampliamento in questa direzione dei poteri del giudice amministrativo non possa avvenire al di fuori di un quadro legislativo che lo legittimi⁹.

La comune matrice della tecnica esaminata consente, infatti, di mettere a confronto le differenti evoluzioni giurisprudenziali che il medesimo fenomeno ha avuto nei due ordinamenti. Permette, inoltre, di approfondire un patrimonio giurisprudenziale in materia di modulazione temporale molto più delineato e strutturato di quello che va affermandosi, solo di recente, nel nostro ordinamento interno cogliendone interessanti spunti di riflessione e possibili prospettive evolutive¹⁰.

dall'intervento dell'Assemblea del *Conseil d'État* con la sentenza *Association AC!*, optando in tal modo per la natura pretoria della tecnica. Si tratta del progetto di legge governativo c.d. "Plagnol 2", poi divenuto legge di semplificazione del diritto n. 2004-1343 del 9 dicembre 2004, in *Journal Officiel*, 10 décembre 2004, 20857 che prevedeva nella sua originaria formulazione una forma di abilitazione generale all'esercizio del potere modulatorio da parte del giudice dell'*excès de pouvoir* limitato, tuttavia, al solo contenzioso su atti regolamentari e subordinato nel suo concreto esercizio al criterio della gravità del vizio, fondato sull'art. 38 della Costituzione. Per un esame del progetto di legge si rinvia a J.-H. STAHL, A. COURREGÈS, *Note à l'attention de Monsieur le Président de la Section du contentieux*, in *RFDA*, 2004, 438.

⁸ Sono favorevoli alla natura pretoria della tecnica e si oppongono ad ogni tentativo di codificazione della medesima, tra i tanti, J.-H. STAHL, A. COURREGÈS, *Note à l'attention de Monsieur le Président de la Section du contentieux*, cit., 438.

⁹ A favore della necessità che la tecnica riposi su un fondamento normativo R. DRAGO, *Questions pour le droit administratif*, in *AJDA*, 1995, numéro spécial, 25; O. DUBOS, F. MELLERAY, *La modulation dans le temps des effets de l'annulation d'un acte administratif*, in *Dr. Adm.*, 2004, étude n. 15, 3.

¹⁰ Come evidenziato nel capitolo precedente, in Italia il fenomeno della modulazione temporale degli effetti della sentenza di annullamento del giudice amministrativo si è affermato solo a partire dalla nota sentenza C.d.S., sez. V, sentenza 10 maggio 2011, n. 2755, in *Foro amm.*, C.d.S., 2012, 2, 427 e, quindi, non può ancora contare su un'esperienza giurisprudenziale matura e consolidata. Pertanto, quelli che saranno i possibili sviluppi applicativi di questa nuova tecnica giurisdizionale, e se gli stessi si consolideranno ed evolveranno in una direzione prossima a quanto accaduto nell'ordinamento francese, può solo essere frutto di valutazioni ipotetiche che dovranno trovare riscontro nel tempo,

Riproponendo una struttura analoga a quella adottata nel capitolo sull'esperienza italiana, il capitolo si apre con una breve disamina delle caratteristiche intrinseche dell'azione preposta all'annullamento dell'atto amministrativo illegittimo nel sistema francese. Se ne colgono i tratti differenziali con il nostro giudizio di legittimità, oltre che le ricadute sul piano sostanziale e processuale derivanti dalla tradizionale natura oggettiva e, allo stesso tempo, si esamina il processo di evoluzione che sta conducendo a una progressiva soggettivizzazione di tale giudizio.

La parte centrale del capitolo è invece dedicata a un'analisi delle tecniche elaborate dalla giurisprudenza francese per evitare annullamenti inutili o pregiudizievoli o per attenuare le conseguenze di un'applicazione automatica e assoluta della regola della retroattività della sentenza di annullamento; essa inoltre affronta lo studio del processo – essenzialmente di matrice pretoria - che ha condotto alla sofisticazione di tali tecniche attraverso l'approdo del *Conseil d'État* all'elaborazione del potere di *modulation temporelle des effets*.

Punto di arrivo, dunque, e non di partenza, del fenomeno dell'*illégalité sans l'annulation*, la tecnica della modulazione temporale in Francia si afferma sotto la spinta dell'esigenza di limitare le conseguenze “catastrofiche” della portata retroattiva dell'annullamento, evitando al contempo che, per questo motivo, il giudice amministrativo rinunci a pronunciarlo anche ove necessario.

L'esame casistico delle principali pronunce in cui la giurisprudenza amministrativa ha fatto uso di tale potere - così come di quelle in cui ha rinunciato a esercitarlo - e l'analisi critica degli approcci della dottrina d'oltralpe consente di cogliere il nuovo volto del giudizio di annullamento francese, che ne esce completamente ridisegnato; esso permette altresì di scorgere il rinnovato ruolo dell'*office du juge administratif*¹¹, non più esclusivamente garante della legalità

sebbene la giurisprudenza amministrativa successiva, specie di merito, sembra non discostarsi da questo orientamento continuando a fare uso della tecnica.

¹¹ Con l'espressione *office du juge administratif* ci si riferisce al complesso di tecniche e metodi dallo stesso utilizzati nell'esercizio delle proprie funzioni oltre che, in particolare alla natura, attualmente cangiante, delle relazioni che egli ha con l'amministrazione sulla cui azione esercita un controllo, in tal senso F. DONNAT, D. CASSAS, *L'office du juge administratif dans la jurisprudence récente du Conseil d'État*, in *Dr. Adm.*, 2004, étude n. 9. Parla invece di *office du juge administratif* nell'accezione della missione da questi perseguita e della natura dei poteri dallo stesso esercitabili, di modo tale che tale *office* assume una connotazione sensibilmente differente a seconda che si tratti del

amministrativa e delle prerogative dell'amministrazione ma dell'equilibrio tra principio di *sécurité juridique* e principio di *légalité* e della posizione giuridica del ricorrente¹².

Come per l'analisi dell'ordinamento giuridico italiano, anche in questo caso si dedicheranno alcuni cenni alla trasposizione dell'uso della tecnica della modulazione temporale enucleata dal giudice amministrativo nel giudizio dinanzi al *Conseil Constitutionnel*, con specifico riferimento alla sua applicazione nella *questionne prioritaire de constitutionalité*¹³.

2. L'azione di annullamento dell'atto amministrativo nell'ordinamento francese: caratteri e funzioni.

Nel sistema del *contentieux administratif* francese il rimedio giurisdizionale preposto a sindacare in via principale e diretta la legittimità di un atto amministrativo

juge de l'excès de pouvoir o del *juge de plein contentieux*, M.- A. FRISON- ROCHE, *Les office du juge*, in *Mélanges J. Foyer*, Paris, 1997, 463.

¹² Sul principio della *sécurité juridique* e del suo difficile equilibrio con il principio di *légalité* si veda in particolare M. DELAMARRE, *La sécurité juridique et le juge administratif français*, in *AJDA*, 4/2004, 186; L. TESOKA, *Principe de légalité et principe de sécurité juridique en droit administratif français*, in *AJDA*, 40/2006, 2214; F. DIEU, *La modulation des effets des annulations contentieuses ou comment concilier principe de légalité et principe de sécurité juridique*, in *AJDA*, 2006, 2428; F. BOTTINI, *La sécurité juridique et modulation dans le temps des annulations contentieuses*, in *RD publ.*, 2009, 1517; F. CHALTIEL, *Le principe de sécurité juridique et le principe de légalité, développements récents*, in *AJDA*, 2009, 1650; D. LABETOULLE, *Principe de légalité et principe de sécurité*, *Mélanges Guy Braibant*, 1996, 403; PH. RAIMBAULT, *Recherche sur la sécurité juridique en droit administratif français*, Toulouse, 2002; M. FROMONT, *Le principe de sécurité juridique*, in *AJDA*, 20 juin 1996, n. special « *Droit administratif et Droit communautaire* », 178 ss. Per un'analisi comparata del principio e per l'influenza esercitata in materia dall'ordinamento comunitario si rinvia a I. FOURNOL, *Le principe de sécurité juridique en droit communautaire et en droit administratif français*, Paris, 1999; B. PACTEAU, *La sécurité juridique, un principe que nous manque?*, in *AJDA*, 20 juin 1995, numéro spécial, 151 ss.; PUISOCHET J.-P., LEGAL, *Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes*, in *Cah. Cons. Const.*, 2001, n. 11; B. MATTHIEU, *La sécurité juridique: un principe constitutionnel clandestin mais efficient*, *Mélanges Patrie Gélard*, Paris, 1999, 301 ss.; ID, *Le juge et la sécurité juridique: vues du Palais-Royale et du quai de l'Horloge*, Paris, 2004, 1603 ss. ID, *Réflexions en guise de conclusion sur le principe de sécurité juridique*, in *Cah. Cons. const.*, 2001, n. 11, 106 ss.

¹³ Il problema della modulabilità temporale delle sentenze del *Conseil constitutionnel* si è posto solo di recente, in Francia, con la riforma costituzionale introdotta dalla legge n. 2008-724 del 23 luglio 2008 che, modificando l'art. 61-1 della Costituzione, ha introdotto la *question prioritaire de constitutionalité*, essendo il sindacato di costituzionalità originariamente limitato al tradizionale controllo preventivo delle leggi non ancora entrate in vigore. Prima di questa riforma la tecnica della modulazione ha trovato solo una sporadica applicazione da parte del *Conseil constitutionnel* nell'ambito del contenzioso sul controllo apriori. Si rinvia sul punto al par. n. 6.

unilaterale e autoritativo della pubblica amministrazione, allo scopo di ottenerne l'annullamento è rappresentato dal *recours pour excès de pouvoir*¹⁴.

Questo non significa che non esistano altri rimedi giurisdizionali nell'ambito dei quali possa venire in rilievo la questione di illegittimità di un atto amministrativo, ma solo che il *recours* rappresenta l'unico rimedio - eccezion fatta per il *contentieux objectif de pleine juridiction* ma con le peculiarità e differenze di cui si dirà di seguito¹⁵ - per rimuovere quell'atto e i relativi effetti prodotti dalla realtà giuridica con efficacia di giudicato *erga omnes*. In tutti gli altri rimedi esperibili dinanzi al giudice amministrativo o dinanzi al *juge judiciaire*, infatti, la questione di illegittimità di un atto amministrativo, pur potendo venire in rilievo, è necessariamente oggetto di un'eccezione incidentale, attraverso la tecnica dell'*exception d'illégalité*, che non comporta mai la rimozione dell'atto ma, unicamente, la sua non applicazione alla regolazione della fattispecie oggetto di decisione, di modo tale che l'atto, ancorché illegittimo, resta in vigore¹⁶.

¹⁴ Per un'analisi approfondita del *recours pour excès de pouvoir* si rinvia nell'ambito della vasta bibliografia esistente a J. TOURNYOL DU CLOS, *Essai sur le recours pour excès de pouvoir*, Bordeaux, 1905; L. IMBERT, *Les actes susceptibles de recours pour excès de pouvoir*, op. cit.; A. MESTRE, J. RIVIERO, *Le Conseil d'Etat protecteur des prérogatives de l'administration: études sur le recours pour excès de pouvoir*, Paris, 1974; A. MESTRE, *Recours pour excès de pouvoir (voce)*, in Encycl., Paris, *Contentieux administratif*, II, Paris, 1992. Per la manualistica, A. DE LAUBADERE, J. VENEZIA, Y GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, Paris, 1994; R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Paris, 2008, 224, 484; R. ROUQUETTE, *Petit traité du procès administratif*, Paris, 2010-2011, 159; J.-M. AUBY, R. DRAGO, *Traité de recours en matière administrative*, Paris, 1992, 686; C. BROYELLE, *Contentieux administratif*, Paris, 2015, 52 ss.; C. HENRI, M. DELAMARRE, D. LABETOULLE, *Leçons de contentieux administratif*, Paris, 2013; M. GUYOUMAR, B. SEILLER, *Contentieux administratif*, Paris, 2012; J.C. RICCI, *Contentieux administratif*, Paris, 2014; G. VEDEL, P. DELVOLVÉ, *Le système français de protection des administrés contre l'administration*, Paris, 1991.

¹⁵ Pur rinviando oltre l'analisi delle differenze tra il *recours pour excès de pouvoir* e il *contentieux de pleine juridiction* (vedi nota n. 45) è opportuno evidenziare sin da ora come, anche quando quest'ultimo rimedio venga utilizzato per contestare l'illegittimità di un atto amministrativo lesivo di una posizione giuridica sostanziale del ricorrente - il che accade nelle ipotesi di *recours de plein contentieux objectif* in materia, ad esempio, contrattuale, fiscale, elettorale, delle pensioni civili e militari - la finalità prioritaria non è censurare la violazione della legalità ma ottenere dal giudice la reintegrazione del ricorrente nel diritto leso, con conseguente attribuzione al giudice amministrativo di poteri ben più ampi che vanno al di là del mero annullamento dell'atto, ma si estendono alla sua riforma, sostituzione o correzione totale o parziale. Si richiama in proposito H. LEPETIT-COLLIN, *Recherches sur le plein contentieux objectif*, Paris, 2011, 150 il quale definisce il *contentieux objectif de pleine juridiction* come « un contentieux de la légalité de l'acte appliqué à une situation juridique ».

¹⁶ Per un'approfondita disamina dell'*exception d'illégalité* con specifico riferimento all'ordinamento giuridico francese si rinvia a J. BERHELEMY, *Exception d'illégalité (voce)*, in *Juris-Classeur Administratif*, Paris, 1994; A. BACQUET, *Exception d'illégalité (voce)*, in Encycl., Paris, *Contentieux administratif*, I, Paris, 1992; B. SEILLER, *L'exception d'illégalité des actes administratifs*, Paris, 1995; ID, *Les effets de la déclaration d'illégalité sur l'ordonnancement juridique*, in *RFDA*, juillet-août 2014, 721; A. MESTRE, *Recherches sur l'exception d'illégalité*, in *Mélanges Maurice Hauriou*, 1929;

Il *recours pour excès de pouvoir* rappresenta il ricorso più celebre del contenzioso amministrativo francese definito come “*l’orgueil de notre droit administratif*”¹⁷ e come “*la plus merveilleuse création des juristes, l’arme la plus efficace, la plus économique et la plus pratique qui existe au monde pour défendre la liberté*”¹⁸: la sua funzione principale è sempre stata identificata con le garanzie della legalità dell’azione amministrativa¹⁹.

Di origine pretoria, in quanto frutto di elaborazione giurisprudenziale²⁰, questa forma di rimedio giurisdizionale -originariamente a carattere amministrativo²¹

D BOUTET, *Quelques problèmes concernant les effets de l’exception d’illégalité*, in *Revue de droit public*, 1990, 1735 ss. Per un esame degli effetti prodotti da una *déclaration d’illégalité* e le differenze e possibili assimilazioni con le conseguenze dell’*annulation* si veda D. BOUTET, *Quelques problèmes concernant les effets de l’exception d’illégalité*, in *RDP*, 1990, 1735; J. GOURDON, *Les conséquences de la constatation de l’illégalité d’un acte administratif par le juge administratif*, Th. Pau, 1996; F. MELLERAY, *L’étendue de l’autorité de chose jugée des déclarations d’illégalité d’actes administratifs opérées par le juge administratif*, *AJ*, 2004, 138; G. PEISER, *Les conséquences de la reconnaissance par le Conseil d’Etat de l’illégalité d’un acte administratif par voie d’exception*, in *Mélanges J.-M. Auby*, 1992, 277. Per un’analisi comparata dell’istituto B. MARCHETTI, *L’eccezione di illegittimità del provvedimento amministrativo. Un’indagine comparata*, Trento, 1996, 59 ss. ove si mettono in luce le maggiori potenzialità applicative del rimedio francese dell’*exception d’illégalité* rispetto allo strumento italiano della disapplicazione, la cui operatività è per lo più limitata all’ambito della giurisdizione civile, rimanendo del tutto episodico un suo impiego nella giurisdizione amministrativa di legittimità. Per un confronto con altri ordinamenti B. MARCHETTI, *L’eccezione di illegittimità nel processo comunitario*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, v. 2., 1995, 345 ss.; ID, *Il collateral challenge come strumento di impugnazione indiretta dell’atto amministrativo illegittimo*, in *Dir. proc. amm.*, v. 1, 1995, 46 ss.

¹⁷ A. LAUBADERE, *Pages de doctrine*, Paris, 1980, t.2, 176.

¹⁸ G. JEZE, *Rapport à l’institut international de droit public, Annuaire*, 1929, 180.

¹⁹ In linea di principio si tratta di un rimedio a carattere generale suscettibile di essere esperito contro qualsiasi atto unilaterale dell’amministrazione “*susceptible de*” o “*de nature à faire grief*”, in accordo al principio generale di diritto consacrato dall’*arrêt Dame Lamotte* secondo il quale «*tout acte administratif est susceptible de faire l’objet d’un recours pour excès de pouvoir*» in quanto strumento per assicurare sul piano processuale il principio di legalità, CE Ass., 17 février 1950, *Dame Lamotte*, Grands arrêts, n. 71, 1950, in *RDP*, 1951, 478, concl. DEVOLÉ, note M. WALINE. Ne risultano, pertanto, esclusi gli atti amministrativi preparatori, interni alla stessa amministrazione o meramente confermativi di una decisione già adottata. Per un’analisi dell’evoluzione giurisprudenziale in merito al novero di atti suscettibili di essere sottoposti al sindacato del giudice del *recours pour excès de pouvoir* e, per converso, di quelli esclusi, si rinvia a J. F. BRISSON, *Le recours pour excès de pouvoir*, Paris, 2004, 14 ss.; L. IMBERT, *Les actes susceptibles de recours pour excès de pouvoir*, Lille, 1912, 1 ss.; ID, *L’évolution du recours pour excès de pouvoir*, Paris, 1952; R. CHAPUS, *op. cit.*, 180.

²⁰ E’ stata inizialmente la giurisprudenza ad elaborare il ricorso di annullamento dalla *loi 7-14 Octobre 1790* originariamente limitato al solo vizio di incompetenza del corpo amministrativo, attribuendone la cognizione al Re, nella sua qualità di capo dell’amministrazione. Per un’approfondita disamina delle origini storiche del *recours pour excès de pouvoir* e della sua successiva evoluzione si rinvia a E. LAFERRIERE, *Origine et développement historique du recours pour excès de pouvoirs*, in *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence*, 1876, tome V, 303 ss.; F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, Paris, 48 ss.; G. BIGOT, M. BOUVET, *Regards sur l’histoire de la justice administrative*, Rennes, 2006; L. AUCOC, *Conférences sur l’administration et le droit administratif*, tome 1^{er}, Paris, 1885, 511 ss.; P. LAMPUE, *Le développement historique du recours pour excès de pouvoir depuis ses origines jusqu’au début du xx siècle*, in *RISA*, 1954, 359; P. LANDON, *Histoire abrégée du recours pour excès de pouvoir des origines à 1954*, Paris, 1962; ID, *Le recours pour excès*

- ha ottenuto un riconoscimento a livello normativo solo molti anni dopo la sua creazione, rispettivamente con la legge del 24 maggio 1872 che, per la prima volta parla di “*les demandes d’annulation pour excès de pouvoir*”²² e, successivamente, con l’ordinanza del 31 luglio 1945 (che per la prima volta stabilisce “*le Conseil d’État statue souverainement sur les recours pour excès de pouvoir formé contre les actes des diverses autorités administratives*”)²³. L’attuale codice del processo

de pouvoir depuis 1954, Paris, 1968 ; ID, *Sur l’histoire du recours pour excès de pouvoir*, in *Bulletin de l’administration centrale des finances*, Juin-Aout, 1961, n. 12, 19 ss.; R. DARESTE, *Études sur les origines du contentieux administratif en France*, in *Revue historique de droit française et étranger*, 1855, 24 ss.

²¹ Il *recours pour excès de pouvoir* nasce in Francia come forma di *recours administratif, hiérarchique, en cassation* durante il periodo di vigenza della c.d. *justice retenue*, quando esiste una forte sovrapposizione e confusione tra le funzioni consultive e contenziose dell’allora *Conseil d’Etat*. Il carattere gerarchico del *recours pour excès de pouvoir* era fortemente influenzato dalla sua funzione cassatoria che faceva percepire, inizialmente, il potere di annullamento del *juge administratif* come l’utilizzazione da parte dello stesso di un “*moyen hiérarchique pour une fin contentieuse*” ovvero come un *moyen de surveillance* affidato al Capo dello Stato per assicurare, attraverso una forma di tutela contenziosa, la regolarità dell’azione amministrativa, in una maniera non molto dissimile da come, per molti anni, è stato concepito nel nostro ordinamento nazionale il ricorso straordinario al PdR. Diviene ricorso giurisdizionale solo alla fine del 19esimo secolo, grazie all’elaborazione giurisprudenziale del *Conseil d’Etat* e alla *loi 24 mai 1872*, che attribuisce la decisione del *recours* ad un vero tribunale organicamente separato dall’amministrazione attiva, consacrando, in tal modo, il carattere pienamente giurisdizionale del rimedio e sancendo il passaggio da una forma di *justice retenue* ad una *justice déléguée*. Per uno studio approfondito delle origini gerarchiche del *recours pour excès de pouvoir* si rinvia a L. AUCOC, *Le Conseil d’Etat et les recours pour excès de pouvoir*, *Revue de deux mondes*, 1878, tome 29, 5 ss.; F. BURDEAU, *op. cit.*; M. HAURIUO, *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, 1911, 406 ss.; R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l’Etat*, Paris, 1920-1922, tome 1, réédition 2004, 806; J.-F. BRISSON, *Les recours administratif en droit public français*, Paris, 1996, 54 ss.; Ch. CHARLES, *Le juge administratif, juge administrateur*, Toulouse, 2003, 390 ss.; F. BLANCO, *op. cit.*, 81 ss. Per un’analisi del suo successivo processo di giurisdizionalizzazione si rimanda a F. BLANCO, *op. cit.*, 133 ss.; J. CHEVALLIER, *L’élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l’administration active*, Paris, 1970, 187 ss. e 275 ss.; J. APPLETON, *La séparation de l’administration active et de la juridiction administrative*, *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence*, 1898, Tome XXII, 140 ss. e 206 ss.; M. CARRIER, *Du principe de la séparation de l’administration active et de la juridiction administrative*, Lyon, 1900, 65 ss.; J.-F. BRISSON, *Le recours pour excès de pouvoir*, Paris, 2004, 6 ss.; ID, *Le recours administratif en droit public français*, Paris, 1996, 71 ss.

²² Si tratta della legge con cui per la prima volta in Francia viene sancita, per esigenze di giustizia sostanziale, la separazione tra amministrazione attiva e amministrazione contenziosa, che tuttavia opera in maniera meno rigida rispetto a quanto accade nel nostro ordinamento e alla quale si fa, quindi, risalire l’origine del processo di giurisdizionalizzazione del *recours pour excès de pouvoir*. In Francia ha ancora rilievo centrale il principio, di lunga tradizione, secondo cui “*juger l’administration c’est encore administrer*” principio che comporta, da un lato, la concentrazione in capo alle *juridictions administratives* di poteri sia giurisdizionali che consultivi - in un’ottica non dissimile da quanto accade nel nostro sistema per il Consiglio di Stato - e, dall’altro, l’assoggettamento dei *magistrats judiciaires professionnels* allo *statut général de la fonction publique*, sia pure con accentuazione del carattere di indipendenza. Per le conseguenze del principio *juger l’administration c’est encore administrer* si rimanda a R. CHAPUS, *op. cit.*, 44 ss.

²³ Sebbene connotati da comuni origini, come si è cercato di dar conto in premessa, il sistema del *contentieux administratif* francese e il sistema di giustizia amministrativa italiana si distinguono sotto numerosi aspetti, specie per le differenti soluzioni date a comuni problemi. Per un esame analitico degli elementi di differenziazione tra i due sistemi e del diverso approccio metodologico seguito nella

amministrativo francese (*CJA*) non disciplina espressamente il *recours pour excès de pouvoir*, né, allo stesso modo, quello *de pleine juridiction*, ma si limita a statuire in modo generale la possibilità di un ricorso davanti al giudice, lasciando al ricorrente il compito di presentare i propri motivi e le proprie conclusioni. L'assenza di un'espressa codificazione di tali rimedi comporta che il giudice amministrativo ha la piena libertà di qualificare il ricorso presentato in funzione all'oggetto della domanda e alle caratteristiche della materia sottoposta alla propria cognizione così come di determinare l'ambito dei poteri di cui può fare uso per regolare la controversia²⁴.

Delle diverse forme di ricorso esperibili dinanzi al giudice amministrativo²⁵ il *recours pour excès de pouvoir* rappresenta senza dubbio il ricorso di diritto

risoluzione di comuni questioni si rinvia a F.G. SCOCA, *op. cit.*, 1 ss.; W. GASPARRI, *op. cit.*, 123 ss.; D. DE PRETIS, *Il processo amministrativo in Europa. Caratteri e tendenze in Francia, Germania, Gran Bretagna e nell'Unione europea*, Trento, 2000.

²⁴ D. GILTARD, *L'évolution du contrôle de la légalité des actes administratifs unilatéraux*, in *ZbornikradovaPravnogfakulteta u Splitu*, god. 50, 2/2013, 339.

²⁵ Secondo il tradizionale criterio di qualificazione del *contentieux administrative*, detto *formelle*, perché fondato sulla natura ed ampiezza dei poteri esercitabili dal giudice amministrativo e teorizzato da E. LAFERRIÈRE, *op. cit.*, 15 ss., dinanzi al giudice amministrativo sono esperibili quattro diverse tipologie di azioni: il *contentieux de l'annulation*, il *contentieux de pleine juridiction*, il *contentieux de l'interprétation* e il *contentieux de la répression*. Nel *contentieux de l'annulation*, il giudice amministrativo può pronunciare soltanto una sentenza di annullamento dell'atto amministrativo adottato in violazione delle regole di diritto, senza possibilità di riformare l'atto impugnato, né di condannare l'amministrazione al risarcimento dei danni, né, almeno fino a tempi recenti, di conformare il successivo riesercizio del potere dell'amministrazione. Questo contenzioso è essenzialmente costituito dal *recours pour excès de pouvoir* e trova una certa corrispondenza nel nostro giudizio di legittimità. Nel *contentieux de pleine juridiction*, invece, il giudice amministrativo ha poteri molto più ampi: può non soltanto pronunciare l'annullamento di un atto amministrativo, ma anche riformarlo, sostituendo la propria decisione a quella dell'amministrazione (può, ad esempio, modificare il risultato elettorale contestato, ridurre l'importo di un'imposta dovuta, dichiarare la nullità o la risoluzione di un contratto di cui è parte la p.a.). Gli ambiti più rilevanti in cui si esplica questo contenzioso sono quello dei *contrats administratif*, della *responsabilité de l'administration publique*, dei rapporti tributari. Nel *contentieux de l'interprétation et de l'appréciation de la légalité* il giudice amministrativo ha il potere di pronunciare una sentenza meramente dichiarativa che chiarisce l'esatto significato di un atto amministrativo o la corretta qualificazione giuridica di un certo fatto e rispettivamente la legittimità di un atto amministrativo, allorquando tali questioni siano rilevanti per la decisione di una controversia pendente davanti al giudice ordinario e siano state incidentalmente sollevate. Nel *contentieux de la répression*, il giudice amministrativo ha il potere di irrogare sanzioni all'esito di un giudizio nel quale sia rispettato il principio del contraddittorio. Vi rientra il contenzioso relativo alle *contraventions de grande voirie* poste a tutela del demanio pubblico, che si svolge davanti ai *Tribunaux administratifs* su azione di infrazione promossa dal Prefetto e che può concludersi con una condanna al pagamento di un'ammenda e al ripristino della *status quo ante*, oltre al pagamento delle spese processuali; nonché il contenzioso dei procedimenti disciplinari nei confronti degli appartenenti a taluni ordini professionali o a talune categorie di dipendenti pubblici. Per una più approfondita disamina di questa differenziazione tra le quattro tipologie di ricorsi in cui si articola il *contentieux administrative* secondo la tradizionale teoria lafferriana si rinvia a R. CHAPUS, *op. cit.*, 209 ss; P. LAMPUE, *La distinction des contentieux*, Mélanges Scelle, Paris 1950; 285; M. WALINE, *Vers un reclassement des recours du contentieux administratif?*, in *RDP*, 1935, 205; S. BOUSSARD, *La classification des contentieux à l'épreuve de la métamorphose du juge de l'excès de pouvoir*, in *Regards sur l'histoire de la justice administrative*, Litec, 2006, 305; S. DAEL, *Les métamorphoses de*

amministrativo per eccellenza, in quanto rimedio nel quale si esprimono con più forza le specificità del contenzioso amministrativo francese²⁶.

Si tratta, infatti, di un'azione giurisdizionale atipica che non presenta tutte le caratteristiche classiche dell'azione, nel senso processuale del termine, tradizionalmente intesa come potere riconosciuto ai singoli di agire in giudizio al fine di ottenere il riconoscimento dei propri diritti o interessi legittimi²⁷. Il primo principale aspetto che vale a connotarlo in termini di atipicità è la sua natura e finalità. Innanzitutto tale ricorso è sempre stato inquadrato come espressione di una giurisdizione di diritto oggettivo²⁸, tesa essenzialmente e in via prioritaria a ristabilire la legalità violata attraverso l'annullamento dell'atto impugnato di cui sia stata accertata l'illegittimità, ovvero come un *moyen de contrôle de l'administration*, strumento principale di verifica del rispetto della legalità dell'agire amministrativo.

la distinction des contentieux: essai d'une histoire vraisemblable d'un concept évolutif, Mélanges Labetoulle, Paris, 2007, 209; M. VIVIANO, *La théorie de la distinction des recours et le contentieux administratif contractuel*, Th. Lille 2, 1995.

²⁶ J. F. BRISSON, *op. cit.*, 3 ss.

²⁷ J. VINCENT, S. GUINCHARD, *La justice et ses institutions*, Paris, 1991, che definiscono l'azione come « *le pouvoir reconnu aux particuliers de s'adresser à la justice pour obtenir le respect de leurs droits et de leurs intérêt légitimes* ». Per un esame dei principi processualciviltistici in materia di azione nel sistema giuridico francese si rinvia, tra gli altri, a H. MOTULSKY, *Droit processual*, Paris, 1973; E. JEULAND, *Droit processual général*, Paris, 2014; S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, C. DELICOSTOPOULOS, *Droit fondamentaux du procès*, Paris, 2015; L. CADIEU, J. NORMAND, S. AURANIMEKKI, *Théorie générale du procès*, Paris, 2013.

²⁸ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t.2, 458. A differenza della classica quadripartizione proposta da Laferrière, l'autore classifica il *contentieux administratif* in due grandi macrocategorie che tengono conto, non dell'ampiezza dei poteri esercitabili dal giudice amministrativo, quanto piuttosto della natura oggettiva o soggettiva della questione controversa sottoposta alla sua cognizione, secondo un criterio definito *matérielle*: *contentieux objectif* o *contentieux de la légalité* e il *contentieux subjectif* o *contentieux de droits*.

Nell'ambito del *contentieux objectif* o *contentieux de la légalité* viene sottoposta al giudice amministrativo una *question de droit objectif* e, più precisamente, di *légalité administrative*: il ricorrente domanda al giudice di verificare se un atto amministrativo sia o meno conforme alle *réglés de droite* il processo è strutturato come un giudizio obiettivo sulla legittimità di un provvedimento amministrativo. Dovendo garantire il rispetto del principio di legalità, il giudice, qualora riscontri la non conformità dell'atto impugnato alla legge, ha il dovere di annullare la decisione amministrativa. Rientra in questa categoria il *recours pour excès de pouvoir*.

Nell'ambito del *contentieux subjectif* o *contentieux de droits* viene sottoposta al giudice amministrativo una *question de droit subjectif*: il ricorrente chiede al giudice di accertare l'esistenza di una situazione giuridica soggettiva violata o pregiudicata da un atto o da un comportamento dell'amministrazione e non di annullare un atto che reputa illegittimo. Il processo è, dunque, costruito come giudizio non su un atto ma su un rapporto giuridico soggettivo intercorrente tra l'amministrato e l'amministrazione, secondo una struttura analoga a quello del processo civile che è un processo su diritti. Rientra in questa categoria il *recours de pleine juridiction*.

Sulla classificazione *matérielle* dei ricorsi giurisdizionali si rinvia a F. MELLERAY, *Essai sur la structure du contentieux administratif français: pour un renouvellement de la classification de principales voies de droit ouvertes devant les juridictions générale*, Paris 2001, 107 ss.

In quest'ottica, il ricorrente, attraverso l'impugnazione dell'atto amministrativo, non reclama il ripristino dei propri diritti violati, né domanda una condanna dell'amministrazione, ma si limita a denunciare la violazione da parte di quest'ultima delle regole di diritto cui è assoggettata²⁹. In altri termini, egli agisce alla stregua di un “*ministère public poursuivant la répression d'une infraction*”³⁰ o come un “*collaborateur de la légalité*”³¹ per assicurare la repressione delle illegalità commesse dall'amministrazione, dando luogo, in tal modo, ad una sostanziale astrazione di tutti i sottostanti rapporti di diritto soggettivo che non rilevano, né ai fini della incardinazione del giudizio né ai fini della pronuncia del *jugement*.

La circostanza per cui il *requérant*, indirettamente, può ottenere dall'annullamento dell'atto impugnato anche la soddisfazione di una propria posizione giuridica soggettiva e, quindi, un vantaggio personale, non vale di per sé a connotare in termini soggettivi questo tipo di rimedio, atteso che si tratta di un mero effetto indiretto e riflesso della pronuncia demolitoria e non la finalità precipua cui tende l'azione. Allo stesso tempo il giudice amministrativo investito di un *recours pour excès de pouvoir* non è tenuto ad accertare che il ricorrente sia titolare di un diritto nei confronti dell'amministrazione o che quest'ultima sia tenuta all'adempimento di un'obbligazione nei confronti del ricorrente, ma deve unicamente decidere sulla sorte dell'atto contro cui il ricorso è diretto, annullandolo, ove ne accerti l'illegittimità, o confermandolo nel caso contrario³².

La logica cui risulta ispirato questo rimedio giurisdizionale finisce inevitabilmente con l'incidere e condizionare numerosi aspetti processuali della relativa azione.

²⁹ Secondo l'ormai celebre definizione di E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2 vol., Berger-Levrault, 1896, 561 il quale sostiene come « *le recours pour excès de pouvoir n'est pas un procès fait à une partie, c'est un procès fait à un acte* » espressione che ben descrive il carattere oggettivo del rimedio.

³⁰ In tal senso, M. HAURIOU, nota a commento di CE, 8 décembre 1899, *Ville d'Avignon*, S 1900.3.73.

³¹ Y. GAUDEMET, *Questions pour le droit administratif (Débat)*, in *AJDA*, 1995, numéro spécial, 21.

³² R. CHAPUS, *op. cit.*, 223. In altri termini nell'ambito del *recours pour excès de pouvoir* il giudice amministrativo assolverebbe il ruolo di mero *censeur négatif de l'action administrative* svolgendo una funzione prettamente cassatoria, in tal senso L. NIZARD, *La jurisprudence administrative des circonstances exceptionnelles et la légalité*, Paris 1962, 240; P. GERBER, *La nature cassatoire du recours de droit public. Mythe et réalité*, Genève, 1997, 344. Per una lettura evolutiva di tale ruolo, nel senso della valorizzazione della dimensione “costruttiva” del giudice amministrativo e del superamento del *diptyque annulation/rejet* attraverso il ricorso alle numerose tecniche di cui si è dotato, F. BLANCO, *op. cit.*, 74 ss.

In primo luogo essa incide sulla natura degli atti impugnabili giustificando in Francia la diretta impugnabilità dinanzi al giudice amministrativo degli atti regolamentari così da consentire al giudice amministrativo di assicurare un controllo giurisdizionale su di essi diversamente da quanto è previsto in ordinamenti a più accentuata impronta soggettivistica, come quello tedesco e italiano³³.

Allo stesso tempo la qualificazione del *recours pour excès de pouvoir* come espressione di un *recours d'utilité publique*³⁴, teso al ripristino della legalità violata, giustifica la previsione di una più ampia legittimazione ad agire e di una valutazione dell'interesse al ricorso più blanda rispetto a quanto accade, ad esempio, nel nostro ordinamento³⁵. Pur non essendo qualificato alla stregua di un'azione popolare, e pur

³³ Com'è noto, questo tipo di sindacato amministrativo sugli atti regolamentari è del tutto inibito nel sistema processuale tedesco, a forte caratterizzazione soggettiva, dove non può prescindere dalla sussistenza della lesione di un diritto al soggetto ricorrente e dove l'annullamento di un atto amministrativo non può essere pronunciato se non a condizione che esso, oltre ad essere illegittimo, leda altresì la giustiziabilità dell'esercizio dei propri diritti. Situazione pressoché analoga si ritrova nell'ordinamento giuridico italiano, dove, di norma, non è consentita la diretta impugnabilità dei regolamenti per carenza di interesse ad agire da parte del ricorrente, atteso il loro carattere generale e astratto, come tale inidoneo a ledere la posizione giuridica soggettiva del singolo. Tali atti soggiacciono, invece, alla regola della doppia impugnativa differita all'adozione da parte dell'amministrazione del provvedimento concretamente attuativo delle disposizioni regolamentari e immediatamente lesivo. L'ammissibilità di un'impugnativa diretta ed immediata del regolamento costituisce un'ipotesi eccezionale che si realizza quando, nonostante la propria vocazione normativa, l'atto assuma una portata immediatamente lesiva. Sul regime di impugnabilità dei regolamenti amministrativi nel sistema nazionale e sulla distinzione operata ai fini della impugnabilità tra la categoria dei regolamenti volizione-preliminare e regolamenti volizione-azione si rinvia, in giurisprudenza, a Cons. Stato, sez. VI, 12 febbraio 2001, n. 663, in *Cons. St.*, 2001, I, 281. Per la dottrina si veda, tra gli altri, M. MASSA, *Regolamenti amministrativi e processo: i due volti dei regolamenti e i loro riflessi nei giudizi costituzionali e amministrativi*, Napoli, 2011; D. IACOVELLI, *Regolamenti e illegittimità*, Padova, 2007; G. GRECO, *I regolamenti amministrativi*, Torino, 2015; F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 467.

³⁴ Secondo la definizione di R. CHAPUS, *op. cit.*, 230.

³⁵ Facendo uso delle categorie concettuali italiane, parte della dottrina ha assimilato l'*intérêt à agir* del sistema processual-amministrativo francese alla ormai superata concezione di stampo puramente processualistica dell'interesse legittimo "come puro potere di reazione processuale attribuito al privato: il potere del soggetto privato pregiudicato da un atto amministrativo illegale/illegittimo di provocare l'annullamento da parte del giudice" in tal senso W. GASPARRI, *La struttura del contentieux administratif, le tutele differenziate e i riti speciali nell'ordinamento francese*, *cit.*, 140. In altri termini, nell'ambito del *recours pour excès de pouvoir* l'interesse ad agire è qualificato non alla stregua di una posizione giuridica soggettiva di stampo sostanziale, come invece accade nel nostro ordinamento, quanto piuttosto come una mera condizione processuale legittimante l'azione. Per un'analisi più approfondita del ruolo, del contenuto e della rilevanza assoluta dall'*intérêt à agir* nell'ambito del *recours pour excès de pouvoir* si veda E. THOMAS, *L'intérêt pour agir dans le recours pour excès de pouvoir*, Paris, 1972, 1 ss.; L. BERARD, *La notion d'intérêt dans le recours pour excès de pouvoir*, Paris, 1896 – 1968 – 1932, 1 ss. In generale sulla nozione di interesse ad agire nel *contentieux administratif* R. ROUQUETTE, *Petit traité du procès administratif*, *cit.*, 336 ss.; R. CHAPUS, *op. cit.*, 231. Per un'analisi comparata della diversa concezione dell'interesse ad agire in un sistema a forte caratterizzazione oggettiva della giurisdizione di annullamento, quale è quello francese, e in un sistema che, all'opposto, si connota per la matrice soggettiva dello stesso, quale quello tedesco si rimanda a A. BLECKMANN, *La qualité pour agir dans le recours pour excès de pouvoir en droit*

richiedendo tra le condizioni di ricevibilità del ricorso la sussistenza di un *intérêt personnel, légitime e pertinent* del *requérant*, che sia differenziato rispetto alla posizione del *quisque de populo*, l'apprezzamento della sussistenza dello stesso prescinde dalla titolarità da parte del ricorrente di un diritto soggettivo o di altro interesse giuridicamente protetto leso dall'atto impugnato, richiedendo la lesione di un interesse, la cui individuazione da parte della giurisprudenza conduce ad un accesso decisamente più ampio alla tutela giurisdizionale³⁶.

Inoltre, il suo carattere di rimedio di ordine pubblico, posto a presidio della salvaguardia del principio di legalità, comporta come ulteriore conseguenza l'impossibilità di rinunciare in via preventiva all'esercizio del *recours pour excès de pouvoir*, non trattandosi della rinuncia a far valere una pretesa di ordine privato quanto a sollevare questioni di interesse generale che trascendono l'interesse personale delle parti. Ciò comporta che l'eventuale rinuncia al ricorso proposto in corso di causa, anche se accettata dalla controparte, rimane inopponibile nei confronti del soggetto che l'ha effettuata che resta libero di ritrattarla fino a quando il giudice non si sia pronunciato³⁷. Lo stesso accade qualora *medio tempore* l'amministrazione abbia concesso al ricorrente l'atto richiesto³⁸, di modo tale che il

français et allemand. Essai de droit comparé, Grenoble, 1960. Va comunque evidenziato come, per una parte della dottrina francese, l'*intérêt à agir* non rappresenti un mero strumento processuale del *contentieux administratif* ma, al contrario, un indice del carattere necessariamente soggettivo del *recours pour excès de pouvoir*, in tal senso N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés*, Paris, 2003.

³⁶ La stessa ha ammesso, ad esempio, la sussistenza della legittimazione a ricorrere in capo ad un abitante di una zona suscettibile di essere attraversata da un'autostrada nel giudizio di impugnazione contro il piano generale nazionale stradale (CE 21 octobre 1994, *Guttin et Guilly*, 1101); così come la legittimazione di un abitante della Polinesia nell'impugnazione del rifiuto del governo di abrogare le disposizioni relative all'ammissione e al soggiorno dei cittadini francesi in Polinesia (CE Ass. 20 décembre 1995, *Mme Vedel et Jannot*, in *AJ*, 1996, 124). Ha, invece, disconosciuto che la mera qualifica di consumatore sia sufficiente a giustificare un ricorso contro la decisione di classificare un prodotto farmaceutico come vietato, in quanto inserito nell'elenco delle sostanze veneree (CE 29 décembre 1995, *Beucher*, in *Lebon*, n. 118754); o che la qualifica di abitante di un comune sia sufficiente a legittimare l'impugnazione di un permesso di costruire rilasciato ove manchi il necessario requisito della "prossimità" con la costruzione assentita (CE 27 octobre 2006, *Mme Dreysse et autres*, in *AJ*, 2006, 2094). Per un dettagliato esame della casistica giurisprudenziale in merito alla ricevibilità del ricorso in quanto strumento di protezione individuale oltre che di difesa della legalità si rinvia a J. F. BRISSON, *op. cit.*, 56 ss.

³⁷ Sulla possibilità di ritrattare una rinuncia al ricorso prima che il giudice si sia pronunciato CE, ass., 21 avril 1944, *Société Dockès Frères*, *Lebon* 120. Sulla preclusione alla rinuncia unilaterale del ricorso o all'acquiescenza ad una decisione giurisdizionale ancora da adottare CE 13 février 1948, n° 85152, *Louarn*, *Lebon* 79; CE, ass., 19 novembre 1955, n° 22263, *Andréani*, *Lebon* 551. Sulla rinuncia al beneficio dell'autorità di *chose jugée* CE 13 juill. 1967, n° 70777, *Ministre de l'éducation nationale/Ecole privée de filles de Pradelles*, *Lebon* 339.

³⁸ CE 19 avril 1950, *de Villèle*, in *Rec.*, 214.

giudice non potrà tenerne conto, dovendo ugualmente pronunciarsi sulla questione di legittimità dell'atto oggetto di impugnazione³⁹.

Ancora - e in ciò risiede uno dei principali tratti differenziali tra il *recours* francese e l'azione di legittimità dinanzi al giudice amministrativo italiano - in quanto *moyen d'ordre public* la pronuncia di annullamento, e più in particolare l'accertamento dell'illegittimità dell'atto in essa contenuto, ha autorità di *chose jugée erga omnes* e non solo *inter partes*⁴⁰. Ciò comporta, altresì, l'impossibilità per il ricorrente di rinunciare al beneficio del giudicato di annullamento⁴¹ perfino in caso di transazione con l'amministrazione coinvolta o con eventuali terzi⁴².

Infine, la sua intrinseca natura di contenzioso oggettivo e di strumento di controllo della legalità amministrativa comporta, come ulteriore conseguenza, la rilevabilità d'ufficio da parte del giudice amministrativo di una serie di *moyens*

³⁹ L'istituto del *désistement*, ovvero della rinuncia al ricorso proposto, è oggi espressamente previsto dall'art. R. 636-1 del *CJA* e rientra tra le ipotesi in cui il processo si chiude senza il *jugement*, ovvero con una mera pronuncia di rito. Per un'analisi dell'istituto, delle sue condizioni di operatività e per le differenze del suo modo di operare nel *recours pour excès de pouvoir* e nel *contentieux de pleine juridiction* si rinvia a R. CHAPUS, *op. cit.*, 949 ss.; R. ROUQUETTE, *op. cit.*, 512 ss.; C. BRUYELLE, *op. cit.*, 186 ss.; C. EUDE, *Le désistement dans la procédure administrative contentieuse*, in *AJ*, 1984, 3; A. HEURTÉ, *Le désistement dans la jurisprudence du Conseil d'Etat. Le désistement en droit public et en droit civil*, in *AJ*, 1959, 1, 81; G. PEISER, *V Incidents de procédure*, in *RDCA*, t.2., 01- 2007; J.-P. THIELLAY, *V Désistement*, in *JCJA*, t.2, n. 69, 11- 2011.

⁴⁰ E' pacificamente accettata nell'ordinamento giuridico italiano l'applicabilità anche al processo amministrativo dell'art. 2909 c.c. ai sensi del quale "l'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa". Sul punto A. LOLLI, *I limiti soggettivi del giudicato amministrativo*, Milano 2002; E. GUICCIARDI, *I limiti soggettivi del giudicato amministrativo*, in *Giur. It.*, 1941, III, 17; M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989; F. BENVENUTI, *Giudicato (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir., ad vocem*, 990; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 369.

⁴¹ Sull'impossibilità di rinunciare al beneficio dell'autorità di cosa giudicata CE 13 juillet 1967, n° 70777, *Ministre de l'éducation nationale c/Ecole privée de filles de Pradelles*, Lebon 339, in *RD publ.*, 1968, 187, concl. M. Bernard ; CE 25 mai 1979, n. 04056, 04286, *secr. D'Tat aux universités c/ Toledano-Abitbol*, Lebon 228 ; CAA Paris, 8 juin 2004, n. ooPA03109, *Sté Vert Marine, Coll. Terr.* 2004, n. 171.

⁴² Sulla posizione tradizionale della intransigibilità del *recours pour excès de pouvoir* in quanto rimedio d'*ordre publique* CAA Paris, 30 décembre 1996, n° 94PA02185, *Boycr/Commune de Boulogne-Billancourt*, Lebon, e, più recentemente, Tribunal Administratif de Amiens, 24 avril 2007, n° 0400871, in *AJDA* 2007, 2103 e in *AJFP* 2008, 54 e Tribunal Administratif de Strasbourg, 21 juin 2011, n° 0705307, *Knoerr et Adam*. In una prospettiva evolutiva della questione, specie nel settore dell'urbanistica, si segnala la recente pronuncia del Tribunal Administratif de Cergy-Pontoise, 8 janvier 2015, in *AJDA*, 2015, 993, con nota di S. MERENNE, *La transaction portant sur un recours pour excès de pouvoir*, nella quale i giudici amministrativi di primo grado hanno riconosciuto per la prima volta che una transazione può validamente vertere su un *recours pour excès de pouvoir* senza che alcuna regola di ordine pubblico vi sia di ostacolo. Questa soluzione contribuisce a garantire la sicurezza giuridica dei contratti di transazione nell'ambito del contenzioso dell'urbanismo, di recente oggetto di una riforma legislativa. Sulla apertura della dottrina al riconoscimento della praticabilità della transazione nell'ambito del *recours pour excès de pouvoir* si rinvia a D. LABETOULLE, *Construction et droit au recours: pour un meilleur équilibre*, in *AJDA*, 2013, 1188.

*d'ordre public*⁴³, previo obbligo di provocare il contraddittorio, dandone comunicazione preventiva alle parti, oltre che la possibilità per queste ultime di sollevarli in qualsiasi fase, stato e grado del giudizio, senza che rilevi l'effetto preclusivo derivante dal decorso del *délai*⁴⁴.

2.1. L'evoluzione del *recours pour excès de pouvoir* e il fenomeno del tendenziale avvicinamento al *contentieux de pleine juridiction*.

Se quelle indicate sono le caratteristiche fondamentali che connotano originariamente il *recours pour excès de pouvoir*, rendendolo un *unicum* nel panorama del *contentieux administratif* francese e ponendolo in una posizione di

⁴³ Non esiste un elenco tassativo e predefinito dei *moyens d'ordre public* ma è il giudice a decidere di qualificare un motivo di diritto come tale, il che accade quando gli appare inopportuno lasciare alla sola vigilanza delle parti il rispetto di determinate regole. Alcuni *moyens d'ordre public* riguardano aspetti procedurali e rilevano ai fini della *légalité externe* quali ad esempio la giurisdizione, la competenza, l'interesse ad agire; altri concernono il merito della controversia, la c.d. *légalité interne*, quali l'incompetenza dell'autore dell'atto oggetto di impugnazione, la retroattività di un regolamento o la violazione e il disconoscimento dell'autorità assoluta di cosa giudicata. Esistono poi *moyens d'ordre public* che rilevano con riferimento a contenziosi specifici e, quindi, rilevabili solo in quei determinati settori: la nullità del contratto amministrativo nel contenzioso in materia contrattuale; l'ineleggibilità di un candidato nel contenzioso elettorale. Per un'analisi approfondita dei *moyens d'ordre public* nel *contentieux administratif* francese si rinvia a C. DEBOUY, *Les moyen d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse*, Poitiers, 1978; R. CHAPUS, *op. cit.*, 819 ss. il quale distingue tra *moyens d'ordre public de portée général*, tra cui annovera l'*incompétence de l'autorité administrative*, la *méconnaissance du champ d'application de la loi*, la *rétroactivité d'un règlement*, l'*inexistante juridique d'un acte*; e *moyen d'ordre public spécifiques* quali ad esempio: la *nullité d'un contrat* nel contenzioso sui contratti pubblici o la *méconnaissance du principe excluant la compensation* nel caso del *contentieux des réclamations pécuniaires*; R. ROUQUETTES, *op. cit.*, 481 ss.

⁴⁴ Ai sensi dell'art. R 421-1 del *Code de justice administrative* il termine previsto per l'impugnazione dinanzi al giudice amministrativo dei provvedimenti, attraverso il deposito del ricorso giurisdizionale presso l'autorità adita, è di due mesi decorrenti dal momento in cui la *décision préalable* è portata a conoscenza degli interessati tramite notificazione o pubblicazione. La regola generale della sottoposizione al termine decadenziale di due mesi conosce, tuttavia, una serie di eccezioni normativamente previste: basti pensare ai casi in cui il legislatore non sottopone il ricorso ad alcun termine, come in materia di lavori pubblici o a fronte di atti inesistenti; o casi in cui tale termine viene abbreviato, come nella materia elettorale; o al contrario fattispecie in cui il termine ordinario è dilatato, come il termine di sei mesi per la proposizione dei ricorsi ai tribunali dipartimentali per le pensioni militari di invalidità o di un anno per opposizione al cambiamento di nome. Per un'analisi approfondita dell'istituto, per le sue deroghe ed eccezioni e per le conseguenze derivanti dalla sua *expiration* si rinvia, tra gli altri, a C. AUBERT, *Le délai du recours pour excès de pouvoir*, Paris, 1937; P. HOSTEING, *Le délai du recours pour excès de pouvoir*, Paris, 1939; A. AUDIGOU, *Le délai de recours en annulation contre les décisions administratives*, Rennes, 1972; J. ROUVIÈRE, *Les délais de recours en matière administrative et fiscale*, Paris, 1996; R. CHAPUS, *op. cit.*, 611 ss.; R. ROUQUETTE, *op. cit.*, 381 ss.; C. BROYELLE, *op. cit.*, 93 ss.; A. SIMONATI, *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo: l'esperienza francese*, in *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo nella prospettiva comparata*, a cura di G. FALCON – D. DE PRETIS, Padova, 2011, 27 ss.

contrapposizione con l'altro rimedio del *contentieux de pleine juridiction*⁴⁵, non può trascurarsi come ormai da molti anni sia in atto nel sistema di giustizia amministrativa francese un processo di progressiva attenuazione di queste differenze e di tendenziale avvicinamento dei due rimedi dovuto, come già anticipato in premessa, a un fenomeno di lenta ma continua soggettivizzazione del primo volta a mutarne i connotati essenziali. Guardando a tali profili evolutivi alcuni autori hanno parlato di “*éclipse du recours pour excès de pouvoir*”⁴⁶ e hanno prospettato la

⁴⁵ Quando si parla di *contentieux de pleine juridiction* non si fa riferimento ad un rimedio giurisdizionale unitario ma ad un contenzioso composito che ricomprende, sotto la medesima nozione, diverse tipologie di ricorso (*contentieux contractuel, recours en matière fiscale o électorale, recours en responsabilité, contentieux des installations classées, contentieux des édifices menaçant ruine, etc.*). In particolare si distinguono due categorie di *recours de pleine juridiction*: il “*plein contentieux subjectif*”, rappresentato principalmente dal contenzioso contrattuale e della responsabilità amministrativa, teso al riconoscimento dei diritti soggettivi attraverso l'esercizio da parte del giudice amministrativo di poteri di condanna dell'amministrazione; il *plein contentieux objectif* che, come il *recours pour excès de pouvoir* si presenta come un contenzioso della legalità, ma nell'ambito del quale i poteri del giudice amministrativo non si limitano all'annullamento dell'atto ma si estendono alla sua riforma, sostituzione e correzione totale o parziale, in una logica non dissimile a quanto accade nel nostro ordinamento nazionale nelle ipotesi normativamente previste di giurisdizione di merito del giudice amministrativo. Pur con le rispettive specificità, tali rimedi sono tuttavia accomunati dalla caratteristica di essere preposti alla reintegrazione del *requérant* nei suoi diritti lesi da atti o comportamenti della p.a. e dall'esercizio da parte del giudice amministrativo di poteri molto più ampi. Funzione del *contentieux de pleine juridiction*, infatti, non è il ripristino della legalità violata a causa dell'adozione di un atto illegittimo da parte della p.a., quanto piuttosto la soddisfazione del diritto del singolo leso dalla p.a. trattandosi di un “*instrument au service de réquerant et de sa situation individuelle tendent à obtenir du juge le rétablissement d'une situation juridique*”. Il giudice del *plein contentieux* è chiamato a pronunciarsi sulla situazione individuale del *requérant* e non sull'atto, sicché l'esame dei *moyen de légalité externe* o non rileva minimamente ai fini della decisione – il che accade quando si tratta di riconoscere un diritto o una qualità - o rileva - come accade quando il ricorso verte su un'azione lesiva dell'amministrazione dalla quale il *requérant* intende difendersi - ma in via del tutto incidentale e strumentale alla protezione del singolo. E' evidente, quindi, la connotazione soggettiva della giurisdizione esercitata attraverso questo rimedio. Per uno studio del *contentieux de pleine juridiction* si rinvia a P. SANDEVOIR, *Étude sur le recours de pleine juridiction: l'apport de l'histoire à la théorie de la justice administrative*, Paris, 1964; R. CHAPUS, *op. cit.* 215; R. ROUQUETTE, *op. cit.* 159; C. BROUELLE, *op. cit.*, 54 ss.; H. LEPETIT-COLLIN, *op. cit.*, 150; A. HEILBRONNER, *Recours pour excès de pouvoir et recours de plein contentieux*, Paris, 1953, *chronique*, 183 ss.; J. JIANG, *Le plein contentieux et la dualité juridictionnelle*, in *Annales de l'Université des sciences sociales*, Toulouse, tome XLIII, 1995, 79 ss.; M. WOERLING, *La redécouverte du recours de plein contentieux*, in *Le juge administratif à l'aube du XXI siècle*, Paris, 1995, 247.

⁴⁶ L'espressione è riconducibile a R. CHAPUS, *op. cit.*, 247 il quale, pur negando la totale obliterazione di ogni distinzione tra i due rimedi, auspica l'elaborazione di un nuovo *recours pour excès de pouvoir* che nasca dalla fusione tra l'attuale rimedio e il ricorso oggettivo di piena giurisdizione. Parla invece di morte del *recours pour excès de pouvoir* M. BERNARD, *Le recours pour excès de pouvoir est-il frappé à mort?*, in *AJ*, juin 1995, n. spécial, 190; J.-M. WOERLING, *Vers la fin du recours pour excès de pouvoir?*, *Mélanges Braibant*, Paris, 1996, 777; F. MELLERAY, *La distinction des contentieux est-elle un archaïsme?*, in *JCP adm.*, 2005, 1296; B. PACTEAU, *Du recours pour excès de pouvoir au recours de pleine juridiction?*, in *Rev. Adm.*, 1999, n. spécial 1, 51; J.-P. NEGRIN, *Contentieux de l'excès de pouvoir et contentieux de pleine juridiction: de la dualité ou de l'unité du contentieux administratif français*, Marseille, 1976; S. DAEL, *Les métamorphoses de la distinction des contentieux. Essai d'une histoire vraisemblable d'un concept évolutif*, in *Mélanges D. Labetoulle*, Paris, 2007, 2009; R. CHAPUS, *L'administration et son juge. Ce qui change*, EDCE, 1992, 268.

trasformazione del giudice amministrativo in un “*futur administrateur*”⁴⁷. Tale processo è da ascrivere principalmente all’influenza esercitata dal diritto europeo che ha reso, nel tempo, del tutto insoddisfacente la struttura essenzialmente cassatoria e la natura puramente oggettiva del ricorso di annullamento rispetto all’attuazione dei principi comunitari di proporzionalità ed effettività della tutela giurisdizionale⁴⁸. Pur non interferendo sulle scelte di stampo processuale dei singoli Stati membri, il diritto europeo impone, infatti, agli stessi di dotarsi di strumenti giurisdizionali efficaci e idonei a garantire alle situazioni giuridiche sostanziali di derivazione comunitaria *standard* di tutela non inferiori a quelli predisposti dall’ordinamento UE. In quest’ottica, il *rimedio del recours pour excès de pouvoir*, in quanto costruito come giudizio unicamente sull’atto, finalizzato al mero ripristino della legalità attraverso la sua rimozione, non si porrebbe come rimedio soddisfacente di tali principi europei poiché trascura del tutto la tutela della posizione soggettiva del privato e ne imporrebbe un processo di adattamento⁴⁹.

Molteplici sono gli indici, di natura sia normativa che giurisprudenziale, che hanno condotto a questo processo di avvicinamento tra i due rimedi, e di valorizzazione degli aspetti soggettivi all’interno del contenzioso di annullamento⁵⁰.

⁴⁷ Si esprime in tal senso Y. GAUDEMET, *Le juge administratif, futur administrateur*, in *Le juge administratif à l’aube du XXI siècle*, cit., 179; ID, *Le juge administratif, une solution d’avenir, Clés pour le siècle*, Paris, 2000, 1213 ss. In senso analogo CH. GABOLDE, *Le juge administratif va-t-il nous gouverner? À propos de la loi du 8 février 1995*, in *D.A.*, novembre 1995, fasc. 112, 1 ss.; J. ARRIGHI DE CASANOVA, *Les habits neufs du juge administratif*, in *Mélange D. Labetoulle*, Paris, 2007, 11 ss.

⁴⁸ B. STIRN, *Juridiction administratives et cours européennes*, *Rev. Adm.*, 1998, 212. Circa la pressione esercitata dalla *Cour européenne des droits de l’homme* sul contenzioso amministrativo francese, nel senso della preferenza per il rimedio della *pleine juridiction*, si richiama CE avis du 6 mai 1976, in *RFDA*, 1989, con nota di B. GENEVOIS, 227 e in *RFDA*, 1990, con nota di R. ABRAHAM, 1061; J.-F. FLAUSS, *L’influence du droit communautaire sur le droit administratif français*, in *LPA*, 9 janvier 1995, n. 4, 4 ss.; e in *LPA*, 16 janvier 1995, n. 7, 4 ss.; E. MARC, *Le rôle des droits communautaire et européen sur l’intervention de la loi du 8 février 1995. Brefs propos sur une absence d’influence*, in *Les dix ans de la loi du 8 février 1995 sur les injonctions et les astreintes: une évolution réussie*, *Revue Juridique Nîmoise*, 2005-2006, n. 1, 73 ss.; J.-C. BONICHOT, *Le droit communautaire et le droit administratif français*, in *AJDA*, 1996, numéro spécial, 15 ss.; L. DUBOIS, *Droit administratif et droit communautaire*, in *AJDA* 1995, 66. In generale, per uno studio dell’influenza esercitata dal diritto dell’Unione europea sul contenzioso amministrativo francese, si rinvia a P. CASSIA, *L’impact du droit communautaire sur le contentieux administratif*, in *Droit administratif européen*, dir. J.-B. AUBY, J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, Bruylant, 2007; TH GEORGOPOULOS, *L’influence du droit européen sur les catégories juridiques du contentieux administratif*, in *L’influence du droit européen sur les catégories du droit public*, dir. J.-B. AUBY, Paris, 2010, 777.

⁴⁹ In tal senso, principalmente, B. STIRN, *Juridictions administratives et cours européennes*, in *Rev. Adm.*, 1998, 212.

⁵⁰ Anche in Francia, come in Italia, il dibattito sulla natura oggettiva o soggettiva della giurisdizione amministrativa costituisce una questione classica, oggetto di un’ampia letteratura giuridica e, tuttora,

Il primo significativo passo verso tale processo è, senza dubbio, rappresentato dal riconoscimento in capo al giudice amministrativo di poteri di *astreint* e di *injonction* - rispettivamente con la *loi 16 juillet 1980*⁵¹ e la *loi 8 février 1995*⁵² - a garanzia dell'attuazione delle sentenze di annullamento e con lo scopo di prevenire o rimediare a comportamenti inadempimenti della p.a. rispetto alle obbligazioni derivanti dalla sentenza⁵³.

non del tutto sopita. Il dibattito, risalente all'inizio del XIX secolo, era sembrato definitivamente risolto nel senso della prevalenza dell'approccio oggettivistico, a seguito di note evoluzioni in tal senso da parte del *Conseil d'Etat*. Ci si riferisce all'apertura nel senso della ricevibilità del ricorso *pour excès de pouvoir* anche a fronte della semplice lesione di un interesse e non necessariamente di un diritto; alla dispensa, ai fini della proponibilità del rimedio, dal patrocinio obbligatorio di un avvocato, oltre che dal versamento di *frais*; alla generalizzazione della portata del rimedio, esteso alla denuncia dell'illegalità di qualsiasi atto unilaterale della p.a. Tanto che la dottrina maggioritaria, a parte qualche minoritaria voce dissidente, era giunta a riconoscere la natura certamente oggettiva del *recours pour excès de pouvoir*. Sulle due opposte soluzioni dottrinali oggettivismo/soggettivismo si rinvia a J. GUILLOUARD, *Notion juridique des actes d'exécution des autorisations et des concessions administratives*, Paris, 1903, 13 ss.; J. HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique (Contribution à la théorie générale de l'acte juridique)*, Paris, 1971, 339; M. HAURIU, *La gestion administrative. Étude théorique de droit administratif*, Paris, 1899, 57; C. GREWE, *Subjectivité et objectivité dans le contentieux de la cour de Karlsruhe*, in *Droits*, 1989, n. 9, 131 ss.; F. MODERNE, *Sous le signe du subjectivisme juridique (regard sur l'œuvre d'Eduardo García de Enterría)*, in *RFDA*, 2004, 101 ss.; F. BLANCO, *op. cit.*, 55 ss. Il dibattito è stato tuttavia ravvivato dalle recenti modifiche normative e dagli evolutivi orientamenti giurisprudenziali che hanno contribuito ad imprimere una forte spinta nel senso della soggettivizzazione del *recours pour excès de pouvoir*.

⁵¹ Lo strumento delle *astreintes* è oggi normativamente previsto dall'articolo L 911-3 del *code de justice administrative (CJA)*.

⁵² Il potere di ingiunzione del giudice amministrativo francese è oggi codificato dagli articoli L. 911-1 e seguenti del *CJA*.

⁵³ Per un'analisi più approfondita degli strumenti delle *astreintes* e delle *injonctions* si rinvia, nell'ambito dell'ampia bibliografia esistente, a J. GOURDOU, *Les nouveaux pouvoirs du juge administratif en matière de injonctions et d'astreintes*, in *RFDA*, 1996, 333; CH. GUETTIER, *Injonction et astreinte*, in *Juris-Classeur Administratif*, fasc. 1114; M. FREJAVILLE, *L'astreinte*, Paris, 1949, chronique, 1 ss.; D. LINOTTE, *Exécution des décisions de justice administrative et astreintes en matière administrative*, in *JCP*, 1981, I, n. 3011; J.-J. LOUIS, *La nature juridique du contentieux de l'injonction et de l'astreinte*, in *Les dix ans de la loi du 8 février 1995 sur les injonction et les astreintes: une évolution réussie*, in *Revue Juridique Nîmoise*, 2005-2006, n. 1, 115 ss.; F. MALVASIO, *Les nouveaux pouvoirs d'injonction du juge administratif*, in *LPA*, 10 février 1997, n. 18, 4 ss.; F. MODERNE, *Sur le nouveau pouvoir d'injonction du juge administratif*, in *RFDA*, 1996, 43 ss.; N. KINGUE, *La loi du 16 juillet 1980... Dix ans après. Contribution à l'élaboration d'une théorie de l'astreintes*, in *LPA*, 7 février 1990, 12; J.-M. PONTIER, *L'injonction: remarques générales sur dix ans d'application de la loi*, in *Les dix ans de la loi 8 février 1995 sur les injonctions et les astreintes; une évolution réussie*, cit., 21 ss.; ID, *L'injonction: remarques rétrospectives et prospectives sur un pouvoir attribué au juge administratif*, in *L'injonction et l'exécution des décisions de justice*, Paris, 2006, 9 ss.

Per la manualistica, e per uno studio della relativa procedura, si rimanda a R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, cit., 1166 ss.; R. ROUQUETTE, *op. cit.*, 631 ss.; C. BRUYELLE, *op. cit.*, 284 ss., si veda anche F. BLANCO, *op. cit.*, 371 ss. Il ricorso da parte del giudice amministrativo francese ai poteri d'*injonctions* è subordinato al rispetto di due condizioni: la prima, di stampo procedurale, consistente nell'esistenza di un'espressa richiesta di parte, non potendo essere attivati d'ufficio; l'altra, di natura sostanziale, che la misura ingiuntiva sia "*impliquée nécessairement*" dalla decisione giurisdizionale principale. Si tratta, inoltre, di una tecnica accessoria e concomitante ad una decisione giurisdizionale principale, priva quindi della natura di rimedio autonomo.

Nonostante entrambi gli strumenti incontrino il limite della discrezionalità amministrativa e sebbene resti tuttora interdetta la possibilità di richiedere *injonctions à titre principal* - essi agiscono nell'ottica di garantire una più efficace protezione dell'interesse del *requérant*, consentendo a quest'ultimo di domandare al giudice amministrativo di precisare *ex ante* il contenuto conformativo della propria sentenza di annullamento⁵⁴.

E' evidente che, per esercitare tali poteri, il giudice del *recours pour excès de pouvoir* non può più limitarsi al mero apprezzamento dell'illegalità dell'atto sottoposto alla propria cognizione, ma è tenuto altresì a valutare la situazione giuridica del *réquerant* e a tener conto dei nuovi elementi di fatto e di diritto sopravvenuti rispetto all'adozione dell'atto qualora incidano sul contenuto dell'obbligazione conformativa⁵⁵.

Un ulteriore indice sintomatico del processo di soggettivizzazione del *recours pour excès de pouvoir* si è poi avuto con la *loi* n. 597 del 2000⁵⁶ con la quale il

Per un'analisi comparata degli strumenti di esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo si veda B. MARCHETTI, *L'esecuzione della sentenza amministrativa prima del giudicato*, Padova, 2000, 27 ss.; A. SIMONATI, *Nuovi poteri del giudice amministrativo e rimedi alternativi al processo. L'esperienza francese*, Trento, 2004, 17 ss.; P. LEWALLE, *L'astreinte, garantie de l'efficacité des arrêts d'annulation prononcés par le Conseil d'État. Examen du droit français et du droit belge*, Mélanges J.-M. Auby, Paris, 1992, 579; O. GABARDA, *Le pouvoir d'injonction du juge administratif en Allemagne, Italie, Espagne et France. Convergences*, in *RFDA*, 2002, 551 ss.; GH. OTIS, *Le pouvoir d'injonction du juge comme condition de l'efficacité des droits fondamentaux*, in *L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone*, Montréal, 1994, 569 ss.

⁵⁴ In linea generale, se la sentenza di annullamento pronunciata implica necessariamente che la p.a. prenda una data misura di esecuzione il cui contenuto è univocamente determinabile, il giudice amministrativo nelle conclusioni della stessa prescrive l'adozione di tale misura, assegnando un termine di esecuzione ed eventualmente prevedendo a carico dell'amministrazione l'obbligazione al pagamento di una somma di denaro, con finalità dissuasoria, per il caso di mancato o tardivo adempimento. Si parla a questo proposito di "*pouvoir d'injonction renforcé*". Se, al contrario, la sentenza di annullamento implica solo il dovere di riesercizio del potere da parte della p.a. attraverso l'avvio di una nuova istruzione, l'uso dei poteri ingiuntivi si limita a fissare un termine entro il quale l'Amministrazione è tenuta ad adottare la nuova decisione. Si parla in questo caso di "*pouvoir de prescription atténué*" nel quale l'autorità giurisdizionale non dispone di alcun margine di apprezzamento. Per la distinzione tra le due tipologie di *injonctions* si rinvia a F. BLANCO, *op. cit.*, 374 ss.

⁵⁵ F. BLANCO, *op. cit.*, 494 ss. il quale evidenzia come l'introduzione dei poteri di ingiunzione ha segnato la consacrazione dei diritti del ricorrente nel *recours pour excès de pouvoir* segnandone una svolta in senso soggettivistico da "*contrôle de légalité*" a strumento "*au service des droits individuels*".

⁵⁶ Le *procédures d'urgence* davanti alle giurisdizioni amministrative sono oggi disciplinate dagli artt. L. 521-1 ss. CJA che prevedono tre tipologie di *référé*: le *référé-suspension*, le *référé-conservatoire*, le *référé-liberté*. Esse si concludono con l'adozione di un provvedimento a carattere provvisorio che ha la forma di un'ordinanza, modificabile e revocabile, inidonea ad acquisire il carattere di *chose jugée*, con la quale il giudice amministrativo adotta le misure più idonee a tutelare la posizione giuridica del *requérant* purché a *caractère non irréversible*.

legislatore francese, ampliando la tutela cautelare, ha esteso al giudice amministrativo l'uso di tutte le tecniche di *référé*s proprie del *juge judiciaire*. In tal modo viene consentito al *requérant* di ottenere, già in fase cautelare, misure più idonee ed adeguate alle effettive esigenze di protezione della situazione giuridica soggettiva vantata, rispetto alla mera sospensione del provvedimento impugnato (in quanto consistenti in obbligazioni provvisorie a carico dell'amministrazione)⁵⁷.

Accanto ad interventi di natura legislativa, significative aperture verso una tendenza soggettivista del *recours pour excès de pouvoir* sono poi ascrivibili ad una costante opera giurisprudenziale di elaborazione di nuove tecniche procedurali volte a sopperire alle limitazioni derivanti dal binomio annullamento/rigetto. Tali tecniche hanno progressivamente ampliato lo spettro di poteri esercitabili dal giudice amministrativo a fronte dell'accertamento dell'illegittimità dell'atto impugnato, consentendogli di contemperare il ruolo principale di ripristino della legalità con l'esigenza di sicurezza giuridica e di effettività della tutela giurisdizionale del singolo, specie a fronte di pretese sostanziali che non trovano nell'annullamento un rimedio soddisfacente⁵⁸.

Altro indice di natura pretoria del processo di soggettivizzazione del *recours pour excès de pouvoir* viene identificato dalla dottrina maggioritaria nel nuovo potere

⁵⁷ Si tratta di un processo analogo a quanto accaduto nel nostro sistema di giustizia amministrativa con la l. 205/2000 e, successivamente, con il codice del processo amministrativo che ha ampliato la tutela cautelare, originariamente limitata alla sola misura tipica della sospensione dell'efficacia esecutiva del provvedimento, attraverso l'affermazione del principio di atipicità della tutela cautelare. Per un'analisi della *loi 597/2000* e della tutela cautelare nel *contentieux administratif* francese si rinvia a R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, cit., 1356 ss.; R. ROUQUETTE, *op. cit.*, 661 ss.; C. BROYELLE, *op. cit.*, 419 ss.; ID, *Les mesures ordonnées en référé*, in *RFDA*, 2007, 73; M. FOULETIER, *La loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives*, in *RFDA*, 2000, 963; O. DUGRIP, *Les procédures d'urgence: l'économie générale de la réforme*, in *RFDA*, 2002, 245; AA.VV., *Actualité des procédures d'urgence*, Colloque, in *RFDA*, 5 décembre 2001 e Dossier, in *RFDA*, 2002, n. 2; AA.VV., *Premier bilan de la réforme des procédures d'urgence dans le contentieux administratif*, Colloque de la Conférence des présidents des juridictions administratives, Lyon 15-16 juin 2006, in *RFDA*, 2007, 37 ss.; J. GOURDON, A. BOURREL, *Les référés d'urgence devant le juge administratif*, Paris, 2003; P. CASSIA, *Les référés administratif d'urgence*, Paris, 2003. Sul significato rivoluzionario della riforma in materia cautelare e sul nuovo modo di concepire il rapporto tra giudice amministrativo e amministrazione pubblica si veda P. WACHSMANN, *Une révolution dans les rapports entre le juge et l'administration?*, in *Annales Fac. De droit de Strasbourg*, 2002, n. 5, 95; D. LABETOULLE, *Le référé nouveau est arrivé*, in *AJDA*, 2011, 211. Per un approccio comparato alla tematica delle procedure d'urgenza e della tutela cautelare nella giustizia amministrativa si rinvia a O. GOHIN, *Les procédures d'urgence: approche comparative*, Paris, 2008; D. LE PRADO, *Les procédures d'urgence devant les juges de l'administration: étude comparative*, Paris, 2015. Per uno studio della tutela cautelare in materia di contenzioso fiscale si veda H. GERBI, *Les procédures d'urgence en matière fiscale (Aspects de droit interne français – droit privé)*, Marseille, 2006.

⁵⁸ Si tratta delle tecniche giurisdizionali già indicate in premessa per il cui esame analitico si rinvia al successivo paragrafo.

di modulazione temporale degli effetti della sentenza di annullamento, di cui il giudice amministrativo francese si è autodotato da ormai oltre un decennio. Come si vedrà nell'esaminare il contenuto, gli effetti e gli aspetti procedurali dell'esercizio di tale potere, il suo esercizio consente al giudice di tenere in considerazione, nella pronuncia di annullamento dell'atto illegittimo, anche gli interessi dei terzi controinteressati e l'impatto che le conseguenze della dichiarazione retroattiva della pronuncia costitutiva è in grado di produrre nelle rispettive sfere giuridiche. Sicché, ove tali conseguenze appaiano sproporzionate o addirittura "catastrofiche", il giudice della legittimità dell'azione amministrativa è, oggi, disposto a rinunciare alla sanzione della retroattività, da sempre considerata come l'unica misura idonea ad attuare la giustizia oggettiva nel caso concreto⁵⁹.

Questo processo di tendenziale avvicinamento del *recours pour excès de pouvoir* al *contentieux de pleine juridiction* è in realtà ascrivibile non soltanto alle trasformazioni del primo in senso soggettivistico, attraverso l'ampliamento dei poteri del giudice, ma anche ai mutamenti che hanno coinvolto il *recours objectif de pleine juridiction* che ha visto consistentemente ampliare il proprio campo di applicazione, rafforzandone il ruolo di controllo e riaffermazione della legalità amministrativa, pur nel rispetto delle proprie specificità⁶⁰.

3. *L'illégalité sans l'annulation: le tecniche procedurali elaborate dal giudice amministrativo per evitare annullamenti inutili o nefasti di atti illegittimi.*

Nell'ambito dell'azione di legittimità prevista nel sistema del *contentieux administratif* francese la sanzione dell'*annulation* dell'atto è stata a lungo considerata come l'unica misura possibile e doverosa del giudice amministrativo a

⁵⁹ Sulla natura soggettiva della giurisdizione di cui la tecnica di modulazione è espressione si rimanda a B. MARCHETTI, *Il giudice amministrativo tra tutela soggettiva e oggettiva: riflessioni di diritto comparato*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1, 2014, 74 ss.

⁶⁰ Oggi al *contentieux objectif de pleine juridiction* sono affidate, tra le altre, le controversie in materia fiscale ed elettorale, oltre che le contestazioni delle decisioni delle autorità amministrative indipendenti. Parte della dottrina parla in proposito di un "processo di doppia ibridazione" tale per cui, da un lato, attraverso l'ampliamento del suo campo di operatività, il *contentieux de pleine juridiction* si è tradotto anche in un "efficace strumento di contrasto dell'azione amministrativa illegittima" e, contestualmente, il *recours pour excès di pouvoir* "ha visto accrescere significativamente i poteri del giudice al fine di conciliare il sindacato sulle decisioni amministrative con le esigenze di protezione effettiva della posizione sostanziale azionata in giudizio" in tal senso B. MARCHETTI, *Il giudice amministrativo tra tutela soggettiva e oggettiva: riflessioni di diritto comparato*, cit., 83.

fronte dell'accertamento dell'illegittimità dell'atto impugnato, secondo la logica del “*tout ou rien*”⁶¹. In un contenzioso a forte caratterizzazione oggettiva finalizzato alla repressione delle illegalità commesse dall'amministrazione nell'esercizio della propria attività di intermediazione provvedimentale, la rimozione dell'atto illegittimo dalla realtà giuridica e la cancellazione retroattiva degli effetti dallo stesso prodotto rappresenta, infatti, la sanzione naturale e (apparentemente) più efficace per assicurare il ripristino della legalità compromessa.

La struttura essenzialmente cassatoria del *recours pour excès de pouvoir*, infatti, limita l'esercizio dei poteri decisorii del giudice amministrativo entro la rigida opzione *annulation/rejet*. Quest'ultimo, tuttavia, ha mostrato negli ultimi decenni la sua insufficienza e inadeguatezza, generando un atteggiamento di insoddisfazione da parte dello stesso giudice amministrativo che si è tradotto in una costante opera di elaborazione di tecniche giurisdizionali alternative, tutte di matrice pretoria⁶², finalizzate a superare gli effetti pregiudizievoli e limitanti di tale “*diptyque*”. L'annullamento, quale sanzione indefettibile dell'accertamento dell'illegittimità dell'atto amministrativo, infatti, si rivela spesso una misura insoddisfacente, in quanto inadeguata a garantire la soddisfazione della pretesa sostanziale del *requérant*, specie nei casi in cui la stessa si risolve nella richiesta di prestazioni positive che richiedono il riesercizio dell'azione da parte dell'amministrazione, sicché egli ottiene dalla rimozione dell'atto una soddisfazione puramente morale⁶³.

Allo stesso tempo l'annullamento retroattivo presenta, in alcuni casi, un'efficacia manifestamente eccessiva rispetto alle finalità che con lo stesso si

⁶¹ Sul binomio *annulation/rejet* si veda E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, cit., 541; L. AUCOC, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, cit., 361.

⁶² Come è stato evidenziato da una parte della dottrina “*le droit administratif français est en grande partie l'œuvre du juge administratif*” così come “*la procédure contentieuse administrative, pendant longtemps, été établie par le juge lui-même*” in tal senso R. NOGUELLOU, *Les pouvoirs du juge administratif dans le procès administratif. Le cas français*, in *Principio della domanda e poteri d'ufficio del giudice amministrativo*, Annuario 2012, Atti del convegno annuale Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, Trento, 5-6 ottobre 2012, 167.

⁶³ Occorre evidenziare come questo modello tradizionale di *recours pour excès de pouvoir*, che ben si adeguava ad una situazione caratterizzata dall'esistenza di un rapporto autorità-suddito tra p.a. e cittadino, in quanto forniva a quest'ultimo il livello minimo di tutela per reagire contro atto illegali della prima, mostra oggi tutta la propria insufficienza rispetto all'avvenuto mutamento di questa relazione che è andata evolvendosi - in Francia come negli altri ordinamenti - verso un rapporto tra il cittadino - amministrato e una pubblica amministrazione, che pur mantenendo il proprio carattere autoritativo, diviene allo stesso tempo erogatrice di servizi e di vantaggi a favore del privato.

intendono perseguire, in relazione agli effetti pregiudizievoli prodotti nella sfera giuridica del ricorrente e dei terzi controinteressati⁶⁴.

Il carattere inadeguato dell'opzione binaria tra annullamento o rigetto, tipica del *recours pour excès de pouvoir*, si riverbera poi, non solo nei confronti del *requérant*, ma anche verso la stessa amministrazione in quanto, perseguendo una finalità esclusivamente repressiva e cassatoria, non è strumento utile a orientare il successivo esercizio dell'azione amministrativa, essendo inibito al giudice della legalità, non solo di adottare lui stesso, ma anche di indicare all'amministrazione soccombente le misure consequenziali da assumere⁶⁵.

Tali tecniche, pertanto, pur permettendo al giudice amministrativo di rimanere nell'ambito del rispetto dell'alternativa rigetto/annullamento, allo stesso tempo gli consentono di temperare le conseguenze pregiudizievoli a essa legate. Nella maggior parte dei casi, eccezione fatta per l'*annulation partielle*, si tratta di tecniche rientranti nel fenomeno della *illégalité sans l'annulation*, in base al quale, pur avendo accertato l'effettiva illegittimità dell'atto sulla scorta del vizio denunciato, il giudice amministrativo non fa discendere da tale accertamento la conseguenza ad esso giuridicamente riconnessa, ma evita di pronunciare l'annullamento - in quanto nefasto o inutile - e preserva l'atto oggetto di impugnazione attraverso il ricorso a "*techniques correctives ou neutralisantes*"⁶⁶.

⁶⁴ Sulle conseguenze derivanti dalla constatazione della illegalità dell'atto amministrativo da parte del giudice amministrativo e dall'accoglimento del *recours pour excès de pouvoir*, pur rinviando per una trattazione più approfondita al successivo paragrafo, in sede di esame delle diverse tecniche elaborate dalla giurisprudenza amministrativa, non per evitare la pronuncia dell'annullamento dell'atto illegittimo, ma per limitare le conseguenze dallo stesso derivanti, si rimanda sin da ora a J. GOURDOU, *Les conséquences de la constatation de l'illégalité d'un acte administratif par le juge administratif*, thèse, Pau, 1996; P. WEIL, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, thèse, Paris, 1952.

⁶⁵ In applicazione del principio di *séparation de pouvoirs* che inibisce al giudice amministrativo in sede di *recours pour excès de pouvoir* di agire come un amministratore. Nella realtà, sono numerose le pronunce nelle quali il giudice amministrativo nel pronunciare l'annullamento, in esito all'accoglimento di un *recours pour excès de pouvoir*, ha ritenuto opportuno precisare di sua iniziativa la portata dell'annullamento e le conseguenze che dovevano essere tratte dalla sentenza in ordine al futuro esercizio dell'azione amministrativa, si veda in tal senso già CE, Ass., 29 juin 2001, *Vassilioti*, in *Lebon*, 303; in *AJDA*, 2001, 1051; CE, 27 juillet 2001, *Titran*, in *Lebon*, 411; in *AJDA*, 2001, 1046, chron. M. GUYOUMAR, P. COLLIN. Queste pronunce evidenziano una tendenza ad un approccio più concreto e pragmatico dell'*office du juge* più attento agli effetti reali e concreti delle proprie sentenze di annullamento. Inoltre, come sopra evidenziato, tale divieto ha subito una forte attenuazione a seguito della introduzione del potere d'*injonction* che comunque va esercitato nel rispetto di precisi limiti.

⁶⁶ Per un'analisi del fenomeno si rinvia a B. SEILLER, *L'illégalité sans l'annulation*, cit., 963; R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, cit., 999 ss.; F. BLANCO, *op. cit.*, 271 ss.; Y. GAUDEMET,

Per molto tempo, infatti, almeno fino a quando il *Conseil d'État* non si è autodotato del potere di modulazione temporale, la strada che gli è parsa più agevole da percorrere per ovviare agli inconvenienti dell'annullamento è stata quella di trovare il modo di evitare di pronunciarlo.

Tali tecniche neutralizzanti si inquadrano, pertanto, a pieno titolo, nella recente tendenza - comune a diversi ordinamenti - di considerare l'annullamento come conseguenza non più necessaria ed indefettibile dell'accertamento dell'illegittimità dell'atto amministrativo e di riconoscere in capo al giudice di legittimità l'esistenza di un generale potere di accertamento dell'invalidità dell'atto che prescindendo dalla sua caducazione. Ciò ha comportato - come già si è avuto modo di analizzare relativamente all'esperienza dell'ordinamento italiano - l'affermazione di un inedito fenomeno di dissociazione del tradizionale binomio illegittimità-annullabilità dell'atto amministrativo foriero di non trascurabili conseguenze, non solo sotto il profilo processuale ma, prima ancora, sul piano sostanziale.

3.1. Les techniques correctives: la substitution de motifs et de base légale.

Una delle prime tecniche elaborate dalla giurisprudenza amministrativa per evitare annullamenti inutili è rappresentata dalla *substitution de motifs et de base légale* che rientra tra le c.d. tecniche correttive: il giudice, d'ufficio o su domanda di parte, evita di pronunciare l'annullamento dell'atto impugnato rettificando le irregolarità di fatto o di diritto dalle quali risulta affetto⁶⁷.

In particolare, attraverso la tecnica della *substitution de base légale* il giudice interviene su un atto che è stato adottato dall'amministrazione sulla base di un *titre*

Les méthodes du juge administratif, Paris 1972, 138 ss.; D. CONNIL, *op. cit.*, 343; D. BAILLEUL, *op. cit.*, 1626.

⁶⁷ Secondo una parte della dottrina si tratterebbe di una tecnica unitaria, ovvero di una doppia denominazione per descrivere un medesimo fenomeno, si veda in proposito B. KORNPROBST, *La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir*, Paris, 1959, 291 e J.-M. AUBY, R. DRAGO, *op. cit.*, 378; viceversa, secondo altri autori, si tratterebbe di due tecniche da tenere distinte in quanto la prima consentirebbe al giudice di agire sui motivi di fatto che hanno condotto l'amministrazione ad adottare quella decisione, mentre la seconda consentirebbe al giudice di modificare solo i motivi di diritto e, più precisamente, solo la norma giuridica sulla cui scorta l'atto è stato adottato, in tal senso D. BAILLEUL, *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit français*, Paris, 2002, 286; J.-M. PEYRICAL, *Le juge administratif et la sauvegarde des actes de l'annulation. Etude sur la neutralisation et la substitution de motifs*, in *AJDA*, 1996, 22 ss.; DONNAT, D. CASAS, *La substitution de base légale et l'office du juge de l'excès de pouvoir*, in *AJDA*, 2004, 202.

juridique errato, non più esistente o non ancora tale, o successivamente dichiarato illegittimo, e lo sostituisce con la corretta norma giuridica alla quale l'atto è riconducibile e che è idonea a giustificarlo legalmente, operando un semplice cambiamento di “*étiquette*” in quanto, nel suo contenuto, l'atto resta esattamente identico a quello adottato dall'amministrazione⁶⁸. Ciò è consentito perché, secondo l'orientamento ormai dominante nella giurisprudenza, la *base légale* non costituisce un *moyen d'annulation automatique* e la sua erronea indicazione all'interno dell'atto non integra un vizio da solo sufficiente a giustificarne l'annullamento⁶⁹.

La giurisprudenza amministrativa ha tuttavia provveduto a fissare le condizioni per un legittimo esercizio di tale potere stabilendo come, per operare tale sostituzione, sia necessario, in primo luogo, che l'autorità amministrativa conservi inalterata la facoltà di riadottare la medesima misura contestata nell'ambito dello stesso potere di apprezzamento; in secondo luogo è necessario che, a seguito di tale operazione, il destinatario del provvedimento continui a beneficiare di garanzie almeno pari a quelle che gli sarebbero state assicurate dall'atto sostituito, in sostanza in nessun caso l'esercizio della tecnica può risolversi in danno al ricorrente. Infine, ove il giudice decida di utilizzare tale tecnica d'ufficio, in assenza di una espressa

⁶⁸ Sulla tecnica della *substitution de base légale* si rinvia, tra gli altri, a R. DRAGO, *Le défaut de base légale dans le recours pour excès de pouvoir et les motifs de l'acte administratif*, ECDE, 1960, 27 ss.; R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, cit., 1005; F. BLANCO, *op. cit.*, 309; R. ROUQUETTE, *op. cit.*, 493; J.-J. ISRAËL, *La régularisation en droit administratif français. Etude sur le régime de l'acte administratif unilatéral*, Paris, 1981, 110; B. SEILLER, *L'illégalité sans l'annulation*, cit., 965; F. DONNAT, D. CASAS, *op. cit.*, 202; D. CONNIL, *op. cit.*, 350. Con specifico riferimento alla compatibilità e praticabilità della tecnica della *substitution de base légale* nel processo tributario francese si rinvia, in dottrina, a F. DONNAT, D. CASAS, *op. cit.*, 204; R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, 1006; S. LETRANCHANT, *Substitution de base légale et garanties du contribuable: une conciliation difficile, voire impossible?*, Paris, 2006; A. CHAUTARD, *La mutabilité de l'instance fiscale et le droit à un procès équitable*, Paris, 2003; M.-C. BERGERES, *La substitution de base légale: un joker contentieux de l'administration fiscale*, Procédures 2002, chron., 8; per la giurisprudenza, CE, Section, 21 mars 1975, *Ministre des finances c/ Sieur X*, Lebon, 217; CE, Section, 1 octobre 1999, *Association pour l'unification du christianisme mondial*, Lebon, 286; CE, 16 février 2000, *Ep. Keslassy*, Lebon 931. In questo contenzioso, che formalmente rientra nel *contentieux objectif de pleine juridiction*, il giudice non può d'ufficio fare uso della tecnica della *substitution de base légale* né dei *motifs* ma solo su istanza dell'amministrazione fiscale la quale dispone, infatti, del potere modificare, in sede processuale dinanzi al *juge de l'impôt*, la motivazione dell'atto impositivo impugnato. La dottrina mette in luce le criticità connesse a questa prerogativa spettante all'amministrazione finanziaria, con particolare riferimento alla difficile conciliabilità dello strumento con le garanzie del contribuente, prima fra tutte, quella a conoscere in modo esaustivo le ragioni di fatto e di diritto poste a fondamento della ripresa fiscale strumentale ad un corretto esercizio del diritto di difesa. Da più parti, infatti è messa in discussione la permanenza nel sistema *di una tale tecnica*.

⁶⁹ La prima pronuncia con la quale il *Conseil d'Etat* ha ammesso la praticabilità della tecnica nel contenzioso di legittimità è stata l'*arrêt* CE, Section, 8 mars 1957, *Sieur Rozé et autres*, Rec. 147, concl. Mosset, in *AJDA*, 1957, 181, chronique Fournier et Braibant.

domanda di parte, egli è preliminarmente tenuto a provocare sulla questione il contraddittorio tra le parti assegnando un termine per presentare le proprie osservazioni⁷⁰.

Inoltre il *Conseil d'État* ha avuto modo di chiarire come l'esercizio di un tale potere costituisca una facoltà e non un obbligo per il giudice amministrativo il quale può, anche d'ufficio, decidere di farne uso, ove ne ricorrano i presupposti e giudichi l'eventuale annullamento dotato di un'efficacia puramente dottrinale, così come rinunciare ad esercitarlo e pronunciare ugualmente l'annullamento, pur in presenza delle condizioni legittimanti. La previsione di queste limitazioni all'esercizio di tale potere sostitutivo del giudice amministrativo fa sì che la tecnica giurisdizionale della *substitution de base légale* non ponga significativi problemi in punto di rispetto del principio di separazione dei poteri, non comportando alcuna invasione da parte del giudice nel campo dell'esercizio della discrezionalità amministrativa e delle scelte di opportunità.

Più problematica, sotto tale aspetto, appare invece la diversa tecnica correttiva della *substitution de motifs* mediante la quale il giudice amministrativo non si limita a cambiare il fondamento giuridico testuale della decisione oggetto di contestazione, ma sostituisce il motivo originario su cui la stessa era fondata - che è giuridicamente o formalmente errato - con un nuovo e diverso motivo di fatto o di diritto idoneo a giustificarne l'adozione. Si tratta in sostanza di una "riscrittura virtuale e pretoria" dell'atto con cui il giudice, e non l'amministrazione, procede *a posteriori* a correggere un atto formalmente illegittimo, ma legalmente giustificato, sia pur sulla scorta di un motivo diverso da quello indicato⁷¹. In altri termini, sono

⁷⁰ In tal senso CE, 3 décembre 2003, *Préfet de la Seine-Maritime c/M. El Bahi*, n. 240267, in *AJDA*, 2 février 2004, 202.

⁷¹ Sulla tecnica della *substitution de motifs* si rinvia, per la dottrina, a B. SEILLER, *L'illégalité sans l'annulation*, cit., 966; R. CHAPUS, *op. cit.*, 1006; F. BLANCO, *op. cit.*, 311; D. CONNIL, *op. cit.*, 351; B. PACTEAU, *Le juge de l'excès de pouvoir et les motifs de l'acte administratif*, Clermont, 1977, 135 ss.; I. DE SILVA, *Deux ans d'application de la jurisprudence Hallal*, in *AJDA*, 2006, 690; J.-M. PERYCAL, *Le juge administratif et la sauvegarde des actes de l'administration, Etude sur la neutralisation et substitution de motifs*, in *AJDA*, 1996; A. CLAEYS, *La technique juridictionnelle de la substitution de motifs et l'office du juge de l'excès de pouvoir*, in *Mélanges J.-F. LACHAUME*, Paris, 2007, 299. Per l'uso della tecnica nel settore del *contentieux fiscale* si rimanda a L. AYRAULT, *Le contrôle juridictionnel de la régularité de la procédure d'imposition*, Paris, 2004. In giurisprudenza, per l'esame di casi pratici in cui il giudice amministrativo ha fatto uso concreto della tecnica di rinvia a CE Sect., 26 maggio 1950, *Soc. laitière provençale*, in *Recueil*, 1950, 314; CE Sect., 16 novembre 1962, *Soc. industr. De tôlière*, in *AJ*, 1963, 170; CE Ass., 8 gennaio 1971, *Dme Desamis*, in *AJ*, 1971, 297; più di recente CE Sect., 6 febbraio 2004, *Mme Hallal*, in *AJ*, 2004, 436 con nota di F. DONNAT,

casi in cui l'annullamento non è pronunciato perché il giudice, agendo sui motivi ne esclude l'illegalità.

Appare evidente in questo caso il rischio di un'invasione nel campo dell'esercizio della discrezionalità amministrativa con l'adozione da parte del giudice di scelte di opportunità che competono solo all'amministrazione, consentendo la tecnica una sorta di convalida nel corso del processo che rischia di frustrare le esigenze di tutela del ricorrente⁷².

Questa è la ragione per la quale il giudice amministrativo, che si è autodotato di tale tecnica, ne ha tuttavia sempre fatto un uso moderato ed eccezionale e ha provveduto a fissare limiti restrittivi al suo esercizio. In particolare, a differenza dell'altra tecnica neutralizzante, quella della sostituzione dei motivi non può essere esercitata d'ufficio dal giudice ma necessita di un'espressa domanda dell'amministrazione resistente che deve, nei propri scritti difensivi, indicare il nuovo motivo di fatto o di diritto su cui l'atto è fondato, fornendo al contempo la prova che l'atto oggetto di contestazione sarebbe stato ugualmente adottato, con il medesimo contenuto, anche sulla scorta di quel nuovo motivo operante *ab origine*. A fronte di tale domanda di correzione *a posteriori*, il giudice è poi tenuto a raccogliere le osservazioni del ricorrente, ad assicurarsi che questi non sia privato delle garanzie procedurali strumentali all'esercizio del proprio diritto di difesa e a verificare, sulla base di quanto risultante dall'istruttoria, non solo che l'amministrazione avrebbe preso la medesima determinazione se sin dal principio avesse fondato l'atto sul nuovo motivo addotto, ma anche che tale motivo legale abbia avuto un carattere determinate nell'assunzione della decisione da parte dell'amministrazione⁷³.

Inoltre, inizialmente, il campo di applicabilità della tecnica era limitato ai casi in cui la decisione contestata era stata presa nell'esercizio di una "*compétence liée*"

D. CASAS e in *DA*, 2004, n. 51 con nota di D. CHABANOL in tema di rifiuto del rilascio di un permesso di soggiorno lungo motivato sul fatto che lo straniero non era "isolato" nel suo Paese d'origine, motivo che appariva contestabile. Tuttavia il nuovo motivo addotto dall'amministrazione nel corso del giudizio e già emergente dagli atti prodotti si sarebbe ugualmente tradotto in un rifiuto della domanda di rilascio.

⁷² Parte della dottrina ha evidenziato come facendo uso di tale tecnica il giudice amministrativo diventi "coautore" e "correttore" dell'atto amministrativo svolgendo, in tal modo, una funzione di amministrazione attiva. Si esprime in tal senso C. FARDET, *Auteur, coauteur, perfecteur*, in D. ALLAND, S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, 2003.

⁷³ Sul punto si rimanda a B. SEILLER, *L'illégalité sans l'annulation*, cit. 966.

ovvero nei soli casi di attività strettamente vincolata⁷⁴. In tali casi, infatti, a nulla rileverebbe la circostanza per cui la decisione vincolata nell'*an* e nel *quomodo* sia stata adottata sulla scorta di un motivo erroneo: l'annullamento si rivelerebbe, infatti, sostanzialmente inutile per il ricorrente, oltre che una perdita di tempo per l'amministrazione, tenuta a riadottare l'atto con il medesimo contenuto, semplicemente sulla scorta del motivo corretto⁷⁵. Solo più tardi il *Conseil d'État*, operando un *revirement* rispetto alla propria giurisprudenza anteriore, ne ha sensibilmente ampliato il campo di applicabilità estendendolo ai casi di attività discrezionale e a quelli in cui, anche dopo l'annullamento, l'amministrazione conservi margini di apprezzamento⁷⁶.

3.2. *Les techniques neutralisantes: la réserve d'intérêt général.*

⁷⁴ CE, 8 juin 1934, *Augier*, in *Lebon*, 660, concl. Josse; CE. Section, 23 juillet 1976, *Ministre du Travail c/ URSSAF du Jura*, *Lebon*, 362, in *AJDA* 1976, 607, concl. Dondoux; più di recente CE, 22 octobre 2003, *Mme Desodt*, in *AJDA*, 2004, 165.

⁷⁵ Con specifico riferimento ai casi di *compétence liée* la giurisprudenza amministrativa fa uso, per evitare annullamenti inutili o "platonici", non solo della tecnica della *neutralisation/substitution des motifs* ma anche della tecnica *des moyens inopérants* in base alla quale il giudice rinuncia a pronunciare l'annullamento dell'atto in accoglimento di motivi di per sé insuscettibili di determinare la soluzione della controversia e di esercitare qualsiasi influenza sulla stessa. Rientrano, ad esempio, in questa categoria i *moyens* tesi a far constatare l'illegittimità di un atto adottato dalla p.a. in applicazione della legge o di una disposizione costituzionale e, quindi, in assenza di qualsiasi discrezionalità, non solo circa il contenuto dell'atto, ma anche della scelta della sua adozione. Per un approfondimento su tale tecnica si rinvia a J.-M. AUBY, *Les moyens inopérants dans la jurisprudence administrative*, in *AJDA*, 1966, 5 ss.; R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, cit., 809 ss.; L. DI QUAL, *La compétence liée*, Paris, 1964, 488 ss. Nella giurisprudenza si rimanda a CE 14 mai 2003, *Syndicat des sylviculteurs du Sud-Ovest*, in *AJDA*, 2003, 1449, concl. M. Guyoumar; CE 30 septembre 1998, *Ministre de l'Intérieur c/M. Mansouri*, *Lebon*, 346.

⁷⁶ La svolta in materia di applicazione della tecnica della *substitution des motifs* si è avuta con l'*arrêt* CE, Section, 6 février 2004, *Mme Hallal*, in *Recueil* 48; in *RFDA*, 2004, 743, concl. I. DE SILVA; in *Dr. Adm.*, 2004, n.51, note D. Chabanol; in *JCP Adm.*, 2004, n. 1673; in *AJDA*, 2004, 436, chron. Donnat et Casas; in *R.D. publ.* 2005, 531; C. GUTTIER, *Chronique de jurisprudence, note sous CE, Sect., 6 février 2004, Mme Hallal*, in *RD publ.*, 2005, 535. La dottrina maggioritaria annovera l'*arrêt Hallal* tra quelli che hanno contribuito in modo significativo ad una mutazione profonda dell'*office du juge administratif* affrancandolo dal ruolo di mero censore dell'illegalità per assumere quello di soggetto che partecipa attivamente al processo di ristabilimento della legalità, in tal senso R. CHAPUS, *op. cit.*, 1007; A. CLAEYS, *La technique juridictionnelle de la substitution de motifs et l'office du juge de l'excès de pouvoir*, *op. cit.*, 934; F. DONNAT, D. CASAS, *Chronique générale de jurisprudence administrative française*, in *AJDA*, 2004, 436. Per un bilancio sull'uso di tale tecnica da parte della giurisprudenza amministrativa si rinvia a I. DE SILVA, *Deux ans d'application de la jurisprudence Hallal*, in *AJDA*, 2006, 690. Per un uso della tecnica esteso al *référé-suspension* CE 15 mars 2004, *Commune de Villasavary*, in *Recueil*, 132. Relativamente ai casi in cui il giudice amministrativo ha rifiutato di far uso di tale potere, che resta nella sua piena disponibilità, si veda CE 15 juin 2007, *M. et Mme Djabeur Djeddar*, in *Recueil tables*, 882; CE 25 avril 2007, *Rosenthal*, in *Recueil tables*, 1039; CE 12 janvier 2005, *SARL Bar Brasserie du Parvis*, in *Recueil* 17.

Diversamente da quanto accade nelle tecniche correttive, ove il giudice amministrativo evita di pronunciare l'annullamento- nei limiti e con le modalità analizzate - operando in via pretoria una correzione dell'illegalità da cui l'atto risulterebbe altrimenti affetto, nelle tecniche c.d. *neutralisantes*, pur riconoscendo la sussistenza del vizio denunciato che resta tale, in quanto non corretto né eliminato, il giudice neutralizza gli effetti che da tale riconoscimento dovrebbero scaturire.

In altri termini, mentre nel primo caso, si assiste ad una “*régularisation des vices*”, con tali tecniche si realizza un'ipotesi di “*couverture des vices*”⁷⁷: l'atto resta illegittimo ma, ciononostante, il giudice amministrativo dissocia l'accertamento della sua illegittimità dalla sanzione del suo annullamento, a cui rinuncia.

Una delle più recenti tecniche neutralizzanti elaborate dalla giurisprudenza amministrativa è la *réserve d'intérêt général* che rappresenta un'evoluzione della più risalente teoria *du bilan cout-avantage*⁷⁸. Inizialmente tale tecnica non influenzava la scelta del giudice in ordine all'annullamento o meno dell'atto ma era solo strumentale a consentirgli di valutare, specie nell'ambito delle procedure espropriative, l'effettiva utilità pubblica dell'opera realizzata. L'evoluzione successiva l'ha invece trasformata in una tecnica che si fonda su una valutazione comparativa da parte del giudice dei benefici e degli svantaggi derivanti dalla pronuncia di annullamento, consentendogli di far prevalere l'interesse generale che, all'esito di questo bilanciamento, appare dominante⁷⁹.

⁷⁷ Si esprime in tal senso J.-J. ISRAËL, *op. cit.*, 31.

⁷⁸ L'elaborazione della *théorie du bilan* risale all'*arrêt* CE, Ass., 28 mai 1971, *Ministre de l'Équipement et du Logement c/Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé Ville Nouvelle Est*, in *Recueil*, 409, concl. BRAIBANT; CE, Ass., 20 oct. 1972, *Société civile Sainte-Marie de l'Assomption*, in *Recueil*, 657; CE, 25 juillet 1975, *Syndicat CFDT des Marins-pêcheurs de la rade de Brest*, in *Recueil tables*, 1216.

⁷⁹ Sulla tecnica della *réserve d'intérêt général* si rinvia, per la dottrina, a FR. BRENET, *Les réserves d'intérêt général*, in *Mélanges en l'honneur de J.-F. LACHAUME*, Paris, 2007, 139; D. CONNIL, *op. cit.*; J.-J. ISRAËL, *op. cit.*, 31; R. NOGUELLOU, *op. cit.*, 176; A. VAN LANG, *De l'usage du bilan dans l'après-jugement*, in *Le droit administratif. Permanences et convergences. Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, Paris, 2007, 1053. Per un'analisi dei casi pratici in cui la giurisprudenza amministrativa ha fatto concretamente ricorso a questa tecnica si veda, nell'ambito del *contentieux contractuel* CE, Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, req. N. 291545, in *Recueil*, concl. D. CASAS; in *AJDA*, 2007, 1577, chronique F. LENICA, J. BOUCHER; in *RFDA*, 2007, 696, concl. D. CASAS; in materia di annullamento di decisioni di *préemption*, CE, 26 février 2003, *M. et Mme Bour*, req. N. 2315558, in *Recueil*, 59; in *BJDU* 2003, 106, concl. P. FOMBEUR; in materia di contenzioso cautelare CE, sect., 16 avril 2012, n. 355792, *Cne Conflans-Sainte-Honorine*, in *RFDA*, 2012, 719, concl. D. BOTTEGHI; nel settore dell'espropriazione e delle opere pubbliche CE, Sect., 29 janvier 2003, *Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes-Maritimes et Commune de Clans*, in *AJDA*, 2003, 784, note P. SABLIERE; in *RFDA*, 2003, 484, note LAVIALLE, nel quale il *Conseil d'Etat* riafferma il principio della intangibilità delle opere pubbliche. A fronte

In sostanza il giudice, dopo aver accertato l'illegittimità dell'atto impugnato, svolge un'ulteriore valutazione in ordine alla consistenza dell'interesse generale al cui soddisfacimento l'esecuzione dell'atto è preordinata. Laddove stima che tale interesse pubblico è notevolmente superiore a quello legato all'attuazione del principio di legalità - ovvero la rimozione con efficacia retroattiva degli atti illegittimi - preserva l'atto, consentendogli di continuare a produrre i suoi effetti, nonostante l'illegittimità, e ciò a prescindere dalla natura formale o sostanziale del vizio e dalla gravità dello stesso.

Anche questa tecnica è di esclusiva pertinenza del giudice amministrativo, non solo perché frutto di una sua elaborazione, essendo priva di qualsiasi supporto positivo, ma anche perché la scelta circa la sua utilizzazione e il giudizio di comparazione ad essa sottostante rientrano nel suo esclusivo apprezzamento, competendo solo a questi la valutazione circa l'effettiva natura di interesse generale che giustifica la deroga al principio di legalità.

Si tratta, inoltre, della tecnica per così dire anticipatrice di quella che sarà la modulazione temporale degli effetti della sentenza di annullamento che, come si vedrà, nasce proprio per ovviare alla circostanza che, posto di fronte a conseguenze eccessive della portata retroattiva dell'annullamento, il giudice, pur in presenza di una palese e grave illegittimità, sia indotto a rinunciare alla rimozione dell'atto.

dell'accertamento dell'illegittimità della procedura che ha condotto l'amministrazione alla loro realizzazione, il giudice amministrativo rinuncia a pronunciare l'annullamento dell'atto in quanto le sue conseguenze – tra cui la demolizione dell'opera - sarebbero tali da generare “*une atteinte excessive à l'intérêt générale*” da apprezzare tenendo conto dell'insieme di interessi concorrenti. Il campo di applicazione principale della teoria è rappresentato dal settore dell'espropriazione per pubblica utilità, nell'ambito del quale il giudice amministrativo procede a un temperamento tra l'interesse al ripristino della legalità attraverso la rimozione dell'atto e l'interesse alla conservazione delle opere pubbliche realizzate, sul *principe d'intangibilité de l'ouvrage public* si rimanda a J. CHARRET, S. DELIANCOURT, *Une victoire à la Pyrrhus du droit de propriété sur le principe d'intangibilité de l'ouvrage public*, in *LPA*, 2003, N. 113, 20. Si tratta di un ragionamento non molto dissimile a quello seguito per molti anni nel nostro ordinamento giuridico in materia di espropriazione per pubblica utilità e che aveva condotto le SSU della Cassazione e il Consiglio di Stato all'elaborazione dell'istituto pretorio dell'occupazione acquisitiva sanante. Sul punto si rimanda a A. GAMBARO, *Occupazione acquisitiva*, in *Enc. Dir.*, IV agg., Milano 2000; M. CALOGERO, *L'occupazione acquisitiva*, Milano, 1996; ID, A. TOTANO, *L'occupazione acquisitiva nel quadro del procedimento espropriativo*, Padova, 1998; E. GIARDINO, *Dall'accessione invertita all'acquisizione provvedimentoale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 968; E. FOLLIERI, *La disciplina amministrativa dell'occupazione del suolo senza seguire le regole ordinarie dell'espropriazione, con particolare riferimento all'art. 42 bis del t.u.e.p.u.*, in *Riv. giur. edil.*, 2013, 193. Per un'analisi complessiva del fenomeno espropriativo e delle problematiche ad esso connesse si rinvia a AA.VV., *Espropriazione per pubblica utilità. A dieci anni dall'entrata in vigore del testo unico nuove questioni e vecchi problemi non risolti*, Atti del Convegno Nazionale di Studi dell'Associazione culturale magistrati amministrativi Art. 111, Reggio Calabria, 2013.

Essa evidenzia ad ogni modo una significativa evoluzione nell'*office du juge* dell'*excès de pouvoir* in quanto segna il passaggio verso una nuova politica giurisprudenziale orientata a consentire al giudice amministrativo di interessarsi alle conseguenze delle proprie sentenze di annullamento, valutandole già in sede di pre-decisione. La pronuncia non si fonda più esclusivamente sull'apprezzamento della legalità dell'atto ma tiene, dunque, conto di una serie di circostanze ulteriori tra cui gli interessi dei terzi coinvolti⁸⁰.

Il fenomeno, identificato come *pragmatisme et réalisme du juge administratif* non è indenne da critiche da parte di chi, in dottrina, sostiene come non appartenga all'ufficio del giudice amministrativo fissare i limiti delle conseguenze da far derivare dalle proprie decisioni giurisdizionali, essendo questi ultimi determinati dalla legge⁸¹. In realtà è lo stesso *Conseil d'Etat* che ha elaborato questa tecnica ad essere poi molto moderato nel farne uso, proprio per il rischio di un'invasione da parte del giudice nel campo delle valutazioni di opportunità proprie dell'amministrazione. L'apprezzamento dell'interesse generale, infatti, non può condurre a far prevalere ragioni di mera opportunità o di economia né tradursi in uno strumento di iper-protezione delle prerogative dell'amministrazione⁸².

3.3. La teoria dei vices non substantiels.

Un'ulteriore tecnica neutralizzante di cui il giudice amministrativo francese si è dotato in via pretoria, in quanto priva anch'essa di alcun riferimento normativo, è la *théorie des formalités non substantiels ou accessoires*⁸³.

⁸⁰ In tal senso A. VAN LANG, *De l'usage du bilan dans l'après-jugement*, in *Mélanges J.-F. Lachaume*, Paris, 2007, 1056; D. BAILLEUL, *Les nouvelles méthodes du juge administratif*, op. cit. 1630; J. ARRIGHI DE CASANOVA, *Les habits neufs du juge administratif*, 11; P. FRAISSEIX, *La révolution méthodologique du juge de l'excès de pouvoir*, in *LPA*, 2005, n. 180, 3.

⁸¹ In senso critico rispetto all'uso della tecnica della *réserve d'intérêt générale*, più in generale, del fenomeno del pragmatismo del giudice amministrativo J.-B. AUBY, *À propos des réserves d'intérêt general*, in *Dr. Adm.*, 2003, repère n. 6, il quale sottolinea come il potere di misurare le conseguenze delle proprie pronunce e di fissarne i limiti non appartenga al giudice amministrativo; F. BRENET, *Les réserves d'intérêt general*, in *Mélanges J.-F. LAUCHAUME*, Paris, 2007, 139 che sottolinea come tale tecnica conduca ad un affievolimento della *chose jugée*.

⁸² Si veda in proposito *Conseil d'Etat, Réflexions sur l'intérêt général. Rapport public 1999*, in *La documentation française*, 1999, 276 e CE, Sect, 19 avril 1991, *Denard et Martin*, in *Recueil*, 148.

⁸³ Per un'analisi della *théorie des formalités non substantielles* si rinvia a R. HOSTIOU, *Procédure et formes de l'acte administratif unilatéral en droit français*, Paris, 1974; ID, *Simplification du droit, sécurité juridique et nouvel office du juge administratif*, in *RFDA*, 2012, 423; J.-J. ISRAËL, op. cit., 34;

Si tratta di una tecnica che consente di neutralizzare l'illegalità esterna dell'atto amministrativo ove lo stesso sia affetto da vizi di forma o di procedura, astrattamente idonei a generare l'illegittimità, in quanto formalità prescritte in apposite disposizioni di legge, ma in concreto inidonee ad incidere in senso sostanziale sul processo decisionale dell'autorità amministrativa e, quindi a condizionare il contenuto della decisione finale⁸⁴.

La tecnica, che ha ricevuto la sua formale consacrazione attraverso l'elaborazione di un principio di diritto da parte dell'*Assemblée del Conseil d'État* con la sentenza *Danthony*⁸⁵, nasce dal rifiuto dell'applicazione di un rigido formalismo da parte del giudice amministrativo in sede di valutazione della legalità di un atto e della sua annullabilità⁸⁶. Il giudice rinuncia a pronunciare un annullamento che si risolverebbe in una sanzione inutile per il *requérant* del tutto inidonea a soddisfarne la pretesa sostanziale atteso che l'amministrazione rimarrebbe libera di riadottare un nuovo atto dal contenuto sostanzialmente identico al precedente ma rispettoso del requisito di forma mancante.

Allo stesso tempo un tale annullamento si tradurrebbe in una misura defatigatoria per l'amministrazione che si troverebbe costretta a reiterare il

A. CALOGEROPOULOS, *Le contrôle de la légalité externe des actes administratifs unilatéraux*, Paris, 1983, 187; G. BERLIA, *Le vice de forme et le contrôle de la légalité des actes administratifs*, in *RDP*, 1940, 370; R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Paris, Montchrestien, 2001, t. 1, 1032; K.-B. KOUASSI, *Pour une rationalisation de l'appréciation du caractère substantiel ou accessoire des formalités administratives dans le recours pour excès de pouvoir*, in *LPA*, 4 janvier 1993, n. 2, 4; D. CONNIL, *op. cit.*, 345; F. BLANCO, *op. cit.*, 327.

⁸⁴ La tecnica in esame è paragonabile alla disciplina giuridica dei vizi meramente formali prescritta nel nostro ordinamento giuridico. A differenza della tecnica francese delle *formalités non substantielles*, tuttavia, in Italia la regola della non annullabilità dell'atto affetto da vizi di forma o del procedimento è oggi consacrata normativamente dall'art. 21-*octies* comma 2 della L. 241/90, sebbene la giurisprudenza amministrativa, anche prima del recepimento a livello normativo, già evitava annullamenti per vizi di forma ogni qual volta risultava dall'istruttoria che il contenuto dell'atto non avrebbe potuto essere diverso, con ciò accogliendo una nozione sostanzialistica di illegittimità. Anche nel nostro ordinamento, come in quello francese, d'altra parte, non esiste un elenco né una definizione ben precisa di vizi non sostanziali inidonei a condurre all'annullamento che, quindi, è rimesso alla elaborazione giurisprudenziale e dottrinale. Per un approfondimento sulle origini della tecnica nel nostro ordinamento giuridico, le condizioni per la sua operatività e il dibattito sulla natura giuridica della norma che l'ha consacrata si rimanda sul punto al capitolo I.

⁸⁵ CE, 23 décembre 2011, *Danthony* n° 335033, in *AJDA*, 2012, 195, chronique X. DOMINO, A. BRETONNEAU, *Le vice, mode d'emploi*; in *RFDA*, 2012, 195, concl. G. DUMORTIER, *L'office du juge administratif à l'égard du vice de procédure*; *ibid.*, 296, con nota di P. CASSIA, *L'office du juge administratif à l'égard du vice de procédure*; *ibid.*, 423 con studio di R. HOSTIOU, *Simplification du droit, sécurité juridique et nouvel office du juge administratif*.

⁸⁶ Sul ruolo del formalismo nel diritto amministrativo francese si veda J.-F. LACHAUME, *Le formalisme*, in *AJDA*, 1995, *numéro spécial*, 133; S. SAUNIER, *Recherche sur la notion de formalisme en droit administratif français*, PUAM, 2007, 392 ss.

procedimento solo per ovviare ad una irregolarità formale che non ha inciso sul proprio *iter* decisionale, con le inevitabili conseguenze pregiudizievoli che scaturirebbero dalla tardiva attuazione di un provvedimento amministrativo⁸⁷.

Anche in questo caso, a differenza delle tecniche correttive, il giudice ammette l'esistenza di un vizio, che non cerca di far sparire, ma non fa discendere dal suo accertamento la sanzione dell'annullamento, non perché valuta nefaste ed eccessive le conseguenze che ne scaturirebbero, ma perché reputa che quel vizio non ha una gravità tale da giustificare la rimozione retroattiva dell'atto.

Uno degli aspetti più dibattuti in merito a tale tecnica è costituito dalla identificazione del concetto di vizio non sostanziale che giustifica la scelta del non annullamento. L'elaborazione giurisprudenziale in materia ha condotto ad enucleare due indicatori di cui il giudice amministrativo si avvale per stabilire quando la violazione della regola di forma o di procedura integra un vizio meramente formale che, quindi, non genera automaticamente l'annullabilità del medesimo. In primo luogo, deve trattarsi di un vizio che non abbia inciso sul processo decisionale dell'amministrazione nel senso che, se la regola di forma o di procedura fosse stata correttamente rispettata, la decisione adottata sarebbe stata identica nel suo contenuto sostanziale. Inoltre, affinché il vizio sia non sostanziale, è necessario che non sia stata violata una norma che, ancorché prescrivente un requisito formale o procedurale, sia tuttavia strumentale all'attuazione di un diritto o di una garanzia per il destinatario dell'atto. In definitiva, il vizio di forma o procedura è sostanziale solo nelle ipotesi in cui la sua violazione incide sul contenuto della decisione o se ha privato l'amministrato di una garanzia. In tutti gli altri casi la sua inidoneità ad operare modificazioni o alterazioni del contenuto della decisione e a ledere i diritti degli amministrati rende quel vizio, ancorché causa di illegittimità formale dell'atto, insufficiente a fondare la grave e radicale sanzione dell'annullamento⁸⁸.

⁸⁷ Per un'analisi dei casi concreti in cui la giurisprudenza amministrativa ha fatto uso di tale tecnica CE, Sect., 6 novembre 2002, *Wargniez*, in *Recueil*, 385 nell'ambito del quale il giudice amministrativo ha rinunciato ad annullare una misura disciplinare adottata nei confronti di un magistrato la cui legittimità veniva contestata sulla scorta del solo vizio procedurale per cui in sede di udienza pubblica dinanzi al *Conseil Supérieur de la magistrature* non si era data lettura del rapporto; per applicazioni più recenti CE 24 février 2010, *Société Saint-Gobain PAM*, in *Recueil*, req. n. 308312; CE, 11 août 2009, *Mme Mangrolia*, in *Recueil*, req. n. 303711; CE, 7 juillet 2008, *Communauté de communes de Verdun*, req. n. 296439.

⁸⁸ Per la distinzione tra *vices substantiels* e *vices accessoires* si rinvia a A. CALOGEROPOULOS, *op. cit.*, 237 ss.; G. BERLIA, *op. cit.*, 370 ss.; G. VEDEL, P. DELVOLVÉ, *Droit administratif*, t. 2, 1992, 532.

3.4. *La tecnica de l'annulation partielle, conditionnelle ou aux effets différés.*

Quelle sinora analizzate sono tecniche giurisdizionali con le quali il giudice, pur riconoscendo la sussistenza di un vizio di legittimità astrattamente idoneo a comportarne l'annullamento, evita di irrogare la sanzione prevista, correggendo l'illegittimità o neutralizzandola, con la conseguenza che il processo si chiude con una sentenza di rigetto. Accanto ad esse esistono altre tecniche elaborate dal giudice amministrativo che, pur non evitando una pronuncia di annullamento, ne limitano l'ambito di operatività o ne condizionano l'efficacia imponendo all'amministrazione di rimuovere il vizio rilevato e di correggere l'atto impugnato nella direzione indicata nella sentenza in modo da ripristinarne la legittimità.

Nel primo caso siamo in presenza di una *annulation partielle*, altrimenti detta tecnica dell'*annulation "en tant que"* o "*en tant que ne pas*", in applicazione della quale il giudice amministrativo, investito dell'impugnazione di un atto nella sua integralità, riconosce che il vizio da cui lo stesso è affetto è limitato ad uno specifico aspetto e non alla sua totalità, per cui pronuncia l'annullamento, ma limitatamente alla parte in cui l'atto amministrativo impugnato prevede o non prevede uno specifico elemento, secondo un sistema non dissimile a quello in uso presso le Corti di legittimità europee nei giudizi di costituzionalità degli atti legislativi⁸⁹.

Tale tecnica può, tuttavia, operare, solo in presenza di atti c.d. divisibili ovvero che contengono più disposizioni dotate di autonomia e reciproca interdipendenza, tale per cui la rimozione dell'una non determina, per ciò stesso, la caducazione dell'efficacia delle altre⁹⁰. Come è stato evidenziato da una parte della

⁸⁹ Per un'analisi più approfondita della tecnica delle *annulations partielles* si rinvia a M.-P. CORBEL, *L'annulation partielle des actes administratif*, in *AJ*, 1972, 138; R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, cit., 1003; M.-P. CORDEL, *L'annulation partielle des actes administratifs*, in *AJDA*, 1972, 139.

⁹⁰ Sul concetto di divisibilità e indivisibilità delle disposizioni contenute in un atto amministrativo e sulle conseguenze, sul piano processuale, di tale inquadramento si rinvia a R. CHAPUS, *op. cit.*, 938. Se oggetto di impugnazione è un atto che contiene più disposizioni indivisibili e il ricorrente domanda un annullamento parziale il giudice amministrativo è tenuto a dichiarare il ricorso irricevibile, anche se vengano in rilievo *moyen d'ordre public*, in quanto non può, attesa la natura indivisibile dell'atto, accogliere la domanda pronunciando un annullamento solo parziale; allo stesso tempo, tuttavia, non può neppure emettere una sentenza di annullamento totale, in quanto la stessa sarebbe viziata da ultra petizione. Per un'applicazione pratica in giurisprudenza si veda CE, 5 novembre 1975, *Soc. Pavita*, in *Recueil*, 544; CE, 12 octobre 1979, *Poidevin*, in *AJ*, 1980, 252; CE, 1 juillet 1987, *Soc. Carrières*

dottrina, l'applicazione di questa tecnica si traduce in una *réformation* della decisione amministrativa ancorché indiretta (non essendo il giudice del *recours pour excès de pouvoir* dotato di tale potere)⁹¹.

Nell'altra ipotesi enunciata si parla invece della c.d. tecnica dell'*annulation conditionnelle* mediante la quale, accertata l'illegittimità dell'atto, il giudice amministrativo provvede nel dispositivo della sentenza ad accogliere il ricorso, annullando l'atto impugnato. Contestualmente tuttavia, differisce l'efficacia dell'annullamento disposto ad un periodo successivo alla pronuncia della sentenza, fissando un termine entro il quale l'amministrazione interessata ha la possibilità di evitare gli effetti dell'annullamento adottando le misure atte a ripristinare la legittimità dell'atto in conformità alle statuizioni contenute nella sentenza stessa⁹². In sostanza, attraverso tale tecnica il giudice amministrativo pronuncia un annullamento ad efficacia sospensivamente condizionata al mancato adempimento da parte dell'amministrazione dell'invito contenuto nel dispositivo a modificare l'atto impugnato emendato dal vizio da cui risulta affetto. In tal modo egli rinvia nel tempo gli effetti della propria sentenza di annullamento e contestualmente indica nelle motivazioni le istruzioni alle quali l'amministrazione deve attenersi ove intenda evitare la caducazione del proprio atto⁹³. E' evidente come, attraverso l'uso di tale

Chalumeau, in *AJ*, 1982, 364; CE, 8 janvier 1988, *Mazar*, in *DA*, 1988, 100; CE, 29 octobre 2003, *Ep. Hervouet*, in *Recueil*, 946.

⁹¹R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, op. cit., 1003.

⁹² Sulla tecnica in esame si rinvia a B. SEILLER, *L'illégalité sans l'annulation*, cit., 968; D. CONNIL, op. cit., 370; F. BLANCO, op. cit., 337; D. BAILLEUL, *Les nouvelles méthodes du juge administratif*, op. cit., 1627; F. MELLERAY, nota a TA Amiens, 24 mai 2005, *M. Dubruque et autres*, in *AJDA*, 2005, 2416; S. DAMAREY, *Quand le juge dicte les conséquences d'une annulation*, note sous CE 5 mars 2003, *Titran*, in *AJDA*, 1008; ID., *De l'annulation partielle à l'annulation conditionnelle: nouvelles perspectives contentieuse*, nota a CE, Ass, 29 juin 2001, *Vassilkotis*, in *LPA* 24 octobre 2001, n. 212, 12. Sull'uso della analoga tecnica delle "réserves d'interprétation" nella giurisprudenza costituzionale di molte Corti costituzionali europee, specialmente italiana, si veda M. CAPPELLETTI, *Sentenze condizionali della Corte Costituzionale*, in *Rivista di diritto processuale*, 1957, 88 ss.; R. RICCI, *Le procès Constitutionnel en Italie. L'élaboration d'un droit processuel constitutionnel*, PUAM, 1996, 88. In questo caso il giudice costituzionale accetta di non censurare la disposizione legislativa contestata a condizione che il legislatore intervenga in un termine fissato dalla corte stessa modificando la disposizione normativa in senso conforme a quanto indicato apportando le integrazioni necessarie. Per un esame delle "décisions conditionnelles" nella giurisprudenza della Corte Costituzionale tedesca si veda J.-CL. BEGUIN, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République Fédéral d'Allemagne*, Paris, 1982, 232 ss.; W. ZEIDLER, *Cour constitutionnelle fédérale allemande*, 7^{ème} conférence des Cours constitutionnelles européennes, in *AIJC*, 1987, III, 37 ss.; M. FROMONT, *Présentation de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne*, in *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2003, n. 15, 90-101.

⁹³ In dottrina non si riscontra una unanimità di vedute circa il fenomeno dell'annullamento condizionato. Secondo alcuni Autori occorre distinguere tra *annulation conditionnelle* e *annulation*

tecnica, si dilatino i poteri esercitabili dal giudice dell'*excès de pouvoir* ma, soprattutto, questi si appropria di un nuovo ruolo "pedagogico" nella misura in cui questo tipo di annullamento ha un "*caractère incitatif*" e costruttivo e non meramente demolitivo e censorio⁹⁴. Questi, pur rimanendo nell'ambito del rispetto formale della dicotomia annullamento-rigetto, e pur non rifiutandosi di rinunciare a pronunciare l'annullamento a fronte dell'accertamento di un vizio di legittimità dell'atto, indirettamente influenza il futuro esercizio dell'azione dell'amministrazione mettendola di fronte all'alternativa tra il modificare il proprio atto riportandolo nella legalità o accettarne la rimozione. Cionostante, secondo parte della dottrina, si tratterebbe, di una tecnica che non pone problemi di compatibilità con il sistema in quanto nasce dalla combinazione di tre differenti poteri di cui ben può disporre il giudice del *recours pour excès de pouvoir*: il potere di sospensione, il potere di ingiunzione ed, infine, quello di annullamento⁹⁵.

Il campo di applicazione principale della tecnica da parte della giurisprudenza amministrativa è rappresentato dalle domande di modificazione di atti regolamentari a fronte dei quali ci sia stato un preliminare rifiuto da parte dell'amministrazione e

aux effets différés che non sarebbero terminologie diverse per indicare un medesimo fenomeno quanto piuttosto due tecniche distinte. Nel primo caso la stessa adozione del provvedimento giurisdizionale di annullamento ad efficacia immediata viene differita nel tempo per consentire alla pubblica amministrazione di evitare le conseguenze di una pronuncia di annullamento; viceversa nell'*annulation aux effets différés* l'annullamento viene immediatamente pronunciato ma esclusivamente la sua efficacia viene differita nel tempo e sospensivamente condizionata alla inutile scadenza del termine entro il quale l'amministrazione avrebbe dovuto adottare le misure per rendere legale l'atto impugnato. In tal senso F. BLANCO, *op. cit.*, 345 che, infatti, qualifica il tipo di annullamento pronunciato nella sentenza *Titran* come *annulation aux effets différés* e non come un annullamento condizionato. In senso contrario D. BAILLEUL, *Les nouvelles méthodes du juge administratif*, cit., 1626. Secondo altra parte della dottrina, invece, la distinzione andrebbe piuttosto fatta tra *annulation conditionnelle* e *annulation conditionnée*: la prima consiste nel rilevare un'illegalità da parte del giudice ma soprassedere rispetto alla conseguente dichiarazione dell'annullamento, concedendo piuttosto un termine all'amministrazione per la regolarizzazione della situazione controversa e solo all'esito dell'inutile decorso dello stesso pronunciare l'annullamento; l'altra, invece, nell'adottare immediatamente una pronuncia di annullamento ma, contemporaneamente, nel medesimo dispositivo, assegnare all'amministrazione un termine entro il quale la stessa dispone di un'opzione: preservare l'atto apportando allo stesso le modifiche necessarie a ristabilire la legalità o lasciare che si realizzino le conseguenze legate all'annullamento pronunciato dal giudice. In tal senso D. CONNIL, *op. cit.*, 371.

⁹⁴ M. GUYOMAR, P. COLLIN, *Les décisions par lesquelles le Conseil d'Etat précise la portée d'une annulation « en tant que ne pas » et prononce une annulation aux effets différés s'inscrivent dans la ligne d'une évolution de la jurisprudence qui témoigne du souci croissant de pédagogie et d'efficacité du juge de l'excès de pouvoir*, in *AJDA*, 2001, 1046.

⁹⁵ In tal senso B. SEILLER, *L'illégalité sans l'annulation*, cit., 968.

rispetto ai quali l'autorità amministrativa conservi margini di manovra, ovvero sia dotata di un'effettiva facoltà di scelta⁹⁶.

3.5. Prime osservazioni sull'uso delle tecniche correttive e neutralizzanti.

L'esame sin qui condotto, ancorché parziale, induce a trarre delle prime osservazioni sull'impatto che l'opera creatrice della giurisprudenza amministrativa

⁹⁶ Per le principali pronunce in materia si rimanda a CE, Ass., 29 juin 2001, *Vassilkiotis*, in *Recueil*, 310, concl. Lamy; in *RFDA*, 2001, 980; in *DA*, août-septembre 2001, 199; in *LPA*, 2001, n. 212, con nota di S. DAMAREY, *De l'annulation partielle à l'annulation conditionnelle: nouvelles perspectives contentieuses*, cit., 12; in *RDP*, mai-juin 2002, n. 3, 748, chronique GUETTIER; in *AJDA*, 2001, chronique M. GUYOMAR, P. COLLIN, *Les décisions par lesquelles le Conseil d'Etat précise la portée d'une annulation « en tant que ne pas » et prononce une annulation aux effets différés s'inscrivent dans la ligne d'une évolution de la jurisprudence qui témoigne du souci croissant de pédagogie et d'efficacité du juge de l'excès de pouvoir*, cit., 1046. Si tratta di un caso in cui oggetto di impugnazione era un decreto interministeriale nel quale erano indicati i titoli professionali necessari al rilascio della carta professionale di guida di museo. L'atto era censurato di contrarietà al diritto comunitario nella parte in cui non citava tra i titoli professionali di accesso i diplomi considerati equipollenti dagli altri Stati membro. Posto di fronte all'alternativa tra un annullamento totale, un annullamento parziale "en tant que ne pas" ovvero limitatamente alla parte in cui l'atto non prevedeva un elemento, e un annullamento condizionato, il *Conseil d'État* optava in questo caso per una *annulation partielle* "en tant que ne pas" ritenendo che la tecnica dell'*annulation conditionnelle* non sia dotata di una concreta efficacia se non nei casi in cui l'amministrazione dispone di una possibilità di scelta e di margini di manovra, ma non anche quando la stessa è tenuta ad adottare un atto con contenuto già stabilito da una fonte superiore, come nel caso di specie. La tecnica dell'*annulation conditionnelle* è invece inaugurata da CE, 27 juillet 2001, *Titran*, in *Recueil*, 2001. In questo caso la controversia nasceva dal rifiuto opposto dal *Ministre de la justice* di abrogare due decisioni ministeriali riguardanti la predisposizione di un sistema di gestione automatizzato delle procedure nei *Tribunaux de grand instance* adottate senza tener conto delle riserve e condizioni imposte dal C.N.I.L. in sede di rilascio del parere favorevole preventivo. Piuttosto che limitarsi ad abrogare le due decisioni ministeriali illegittime, in quanto misura pregiudizievole, considerato che il trattamento automatizzato delle procedure assicurava il buon funzionamento del tribunale, il giudice fa uso di una combinazione tra due poteri: quello di modulazione temporale degli effetti della sentenza di annullamento e il ricorso alla logica alternativa, pronunciando una sentenza di annullamento ad effetti differiti ed alternativi. Il *Conseil d'État* lascia, infatti, al Ministro della Giustizia la scelta, da operare nel termine fissato di due mesi, tra modificare le due decisioni censurate secondo le indicazioni contenute nel parere preventivo del C.N.I.L. o, decorso infruttuosamente tale termine, pronunciare l'abrogazione delle due decisioni. Per una più recente applicazione della tecnica si veda TA Amiens, 24 mai 2005, *M. Dubruque et autres*, in *AJDA*, 2005, 2416 riguardante l'*annulation conditionnel* di un permesso di costruire. Anche in questo caso il giudice amministrativo piuttosto che annullare il permesso affetto da una illegittimità regolarizzabile offre all'amministrazione la possibilità di regolarizzare l'atto entro un termine stabilito e, soprattutto, CE, Section, 27 octobre 2006, *S.A. Techna et autres*, in *JCP*, 2006, II, n. 10208, 2394 con nota di S. DAMAREY, *L'application différée d'une décision de rejet rendue par le Conseil d'Etat*; in *RFDA*, 2007, 265 con nota di F. SÈNERS, *Conclusion sur CE, Section, 27 octobre 2006, S.A. Techna et autres*; in *AJDA*, 2006, 2385, con nota di CL. LANDAIS, F. LENICA, *Chronique générale de jurisprudence administrative française (CE, Section, 27 octobre 2006, S.A. Techna et autres)*; P. CASSIA, *La modulation dans le temps des décisions de rejet du juge administratif, note sous CE, Section, 27 octobre 2006, S.A. Techna et autres*, Paris, 2007, 265 ss.; B. PLESSIX, *Droit administratif. Chronique, Modulation des effets dans le temps d'une décision de rejet (CE, Section, 27 octobre 2006, S.A. Techna et autres)*, in *JCP*, 2006, 201, 2387.

francese in materia di annullamento *pour excès de pouvoir* ha avuto sul sistema nel suo complesso.

Nate a fronte dell'esigenza di evitare annullamenti inutili o nefasti tali tecniche, da taluni definite come palliative⁹⁷, sono state oggetto di dibattito nella dottrina francese in considerazione dei riflessi che la loro utilizzazione all'interno del contenzioso del *recours pour excès de pouvoir* ha prodotto, incidendo in senso modificativo sulla classica fisionomia e funzione cassatoria di tale giudizio, oltre che sul tradizionale ruolo di mero censore svolto al suo interno dal giudice amministrativo.

Come già anticipato sopra, l'uso di tali tecniche ha condotto, anche in Francia, all'affermazione di un fenomeno, sempre più diffuso nei moderni ordinamenti giuridici, quello della dissociazione tra accertamento dell'illegittimità dell'atto amministrativo e suo annullamento.

Secondo parte della dottrina, il loro uso si inscriverebbe maggiormente nel solco dei meccanismi giurisprudenziali elaborati al fine di salvaguardare le prerogative dell'amministrazione, più che quelle degli amministrati, a conferma, dunque, del ruolo tradizionalmente assunto dal giudice amministrativo francese nel sistema del *contentieux administratif* che, pur improntato al rispetto del principio di separazione dei poteri, vede comunque il giudice amministrativo come parte integrante dell'apparato amministrativo, secondo il famoso principio "*juger l'administration c'est encore administrer*"⁹⁸. In altri termini sarebbe la testimonianza della presenza dell'interesse pubblico nel processo.

Una delle prime considerazioni che viene in rilievo in un'ottica di comparazione è come, a differenza di quanto accaduto nell'ordinamento italiano, in Francia le tecniche che consentono al giudice amministrativo di prescindere dal pronunciare l'annullamento di un atto impugnato anche dopo averne accertato l'illegittimità siano tutte di matrice pretoria.

⁹⁷In tal senso F. BLANCO, *op. cit.*, 365 che qualifica tali tecniche come meccanismi di salvaguardia degli atti amministrativi e come strumenti cui il giudice ricorre per sfuggire ad annullamenti inutili, sterili o nefasti.

⁹⁸ Sul ruolo svolto dal *Conseil d'Etat* come protettore delle prerogative dell'amministrazione si rimanda a A. MESTRE, *Le Conseil d'Etat protecteur des prérogatives de l'administration (Étude sur le recours pour excès de pouvoir)*, Paris, 1974, 312; S. PAVAGEAU, *Le Conseil d'Etat est-il encore le protecteur des prérogatives de l'administration?*, in *RRJ*, 2005, 309 ss.

Diversamente, nell'ordinamento italiano, fatta eccezione per la tecnica modulatoria, sono per lo più supportate da un espresso riferimento normativo, pur se indotto da orientamenti giurisprudenziali consolidati⁹⁹.

L'atteggiamento della dottrina maggioritaria francese non appare comunque critico rispetto alla loro adozione, in quanto ritiene che esse non ledano le garanzie degli amministrati ma che tendano, piuttosto, ad assicurare a questi il diritto ad ottenere un annullamento utile e soddisfacente, ascrivendosi alla concezione sostanzialistica della legalità amministrativa¹⁰⁰.

Allo stesso tempo, si è concordi nel ritenere che la loro introduzione sia sintomatica di una nuova tendenza del giudice amministrativo di controllare e canalizzare le conseguenze delle proprie sentenze di annullamento, evitando ogni forma di automatismo dello stesso. Appare infatti evidente come l'esigenza da questi avvertita di rapportarsi con gli effetti delle proprie decisioni giurisdizionali induca sempre più il giudice amministrativo a comportarsi come un amministratore, spingendosi oltre i limiti della sfera giurisdizionale per lambire, e spesso oltrepassare, il confine che la separa da quella amministrativa. Tendenza che pare, tuttavia, giustificata dall'esigenza di realismo e pragmatismo del giudice dell'*excès de pouvoir*, che non può più guardare esclusivamente al mero ripristino della legalità ma deve assicurare, altresì, la sicurezza giuridica, la stabilità delle situazioni soggettive coinvolte¹⁰¹ e l'efficacia dell'azione amministrativa¹⁰².

⁹⁹Ci si riferisce all'art. 21-*octies* della L. 241/90 in materia di vizi formali; all'art. 34 comma 3 c.p.a e agli articoli 121 e 122 c.p.a. in materia contrattuale, oggetto di trattazione nel capitolo precedente.

¹⁰⁰ Secondo questa impostazione ciò che andrebbe salvaguardato non è un generico diritto del ricorrente ad ottenere la rimozione dell'atto illegittimo quanto, piuttosto, il diritto ad un annullamento che sia concretamente soddisfacente delle proprie pretese. In tal senso A. CLAEYS, *L'évolution de la protection juridictionnelle de l'administré au moyen du recours pour excès de pouvoir*, cit., 934.

¹⁰¹ Per uno studio del concetto di stabilità delle situazioni giuridiche nel diritto amministrativo francese, specie nell'ottica dell'influenza esercitata in materia sulla giurisprudenza del Consiglio di Stato da parte della giurisprudenza comunitaria si veda F. DONNAT, *Stabilité des situations juridiques: la jurisprudence du Conseil d'État vue dans le prisme de celle de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, in *Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, cit., 281.

¹⁰² D. TRUCHET, *Droit administratif*, Paris, 2009, 139; Y. GAUDEMET, *Le juge administratif, futur administrateur*, in *Le juge administratif à l'aube du XXI siècle*, cit., 179; D. CONNIL, *op. cit.*, 374. Parla di evoluzione verso una moderna dimensione costruttiva del *recours pour excès de pouvoir* F. BLANCO, *op. cit.*, 563; parla di "rivoluzione metodologica" fautrice di un nuovo diritto amministrativo più attento ai diritti soggettivi e alle rivendicazioni degli amministrati P. FRAISSEIX, *La révolution méthodologique du juge de l'excès de pouvoir*, cit., 6; parla di "ribellione del giudice amministrativo" e di decisioni "sovversive" C. OTERO, *Les rébellions du juge administratif. Recherches sur les décisions juridictionnelles subversives*, Varenne, 2014.

4. *Il principio di retroattività della sentenza di annullamento del recours pour excès de pouvoir e i suoi temperamenti.*

Nel sistema del contenzioso amministrativo francese, come in quello della giustizia amministrativa italiana vige, com'è noto, il principio della retroattività degli effetti nascenti dalla sentenza di annullamento dell'atto amministrativo illegittimo. L'applicazione di tale principio comporta che l'atto di cui sia stata accertata l'illegittimità viene rimosso dall'ordinamento con efficacia *ex tunc* di modo tale che lo stesso venga considerato come "*n'être jamais intervenu*"¹⁰³ e, quindi, giuridicamente inesistente¹⁰⁴.

Come nel nostro ordinamento anche in quello francese la regola della naturale retroattività della sentenza di annullamento non è codificata in alcun testo normativo ma, per lungo tempo, è stata considerata come un postulato, un connotato intrinsecamente consustanziale all'atto giurisdizionale di annullamento, ovvero come la sanzione naturalmente riconnessa alla funzione tipicamente "cassatoria" del *recours pour excès de pouvoir*.

¹⁰³ Il principio della retroattività della sentenza di annullamento nel *recours pour excès de pouvoir* è stato consacrato a livello giurisprudenziale nel noto *arrêt* CE, 26 décembre 1925, *Rodière*, in *Recueil*, 1065; in *RDP*, 1926, 32, conclusion Cahen-Salvador. In realtà la sentenza *Rodière* si è di fatto limitata ad affermare in modo esplicito un principio già da tempo vigente nel sistema. Su tale principio, in dottrina, si rinvia a R. CHAPUS, *op. cit.*, 1102 ss.; B. SEILLER, *L'illégalité sans l'annulation*, cit., 963; ID, *Le procès de la rétroactivité*, in *La rétroactivité des décisions du juge administratif*, Paris, 2007, 15 ss.; F. BLANCO, *op. cit.*, 194; P. WEIL, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, Paris, 1952, 136; J. ARRIGHI DE CASANOVA, *Rétroactivité et annulation dans l'ordre administratif*, in *La rétroactivité des décisions du juge administratif*, cit., 53.

¹⁰⁴ Nella dottrina classica francese, sia civilista che pubblicista, era radicata l'idea che l'atto annullato *pour excès de pouvoir* dovesse essere considerato alla stessa stregua di un atto giuridicamente inesistente. E. LAFERRIERE, *op. cit.*, 545; M. KELLERSHOHN, *Des effets de l'annulation pour excès de pouvoir*, Bordeaux, 1915, 34; M. ALIBERT, *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, 1926, 33; M. WALINE, *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, Le Caire, 1949, 194. Secondo una diversa ricostruzione, più moderna, occorre fare una distinzione tra il periodo anteriore e quello successivo alla pronuncia di annullamento, sicché l'atto annullato *pour excès de pouvoir* è giuridicamente inesistente solo per l'avvenire; viceversa, l'annullamento non rende l'atto inesistente nel passato in quanto sin dal giorno della sua adozione e fino a quello dell'annullamento l'atto amministrativo è stato *exécutoire*, in virtù della presunzione di legalità che connota gli atti amministrativi unilaterali e autoritativi, producendo degli effetti definitivi, per cui la sentenza di annullamento fa sparire l'atto solo per il futuro, non potendosi negare che lo stesso abbia fatto parte dell'ordinamento nel passato. In tal senso P. WEIL, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, cit., 140.

Il fondamento di tale principio riposa essenzialmente su due argomentazioni: da un lato la natura della sentenza di annullamento¹⁰⁵, dall'altro la funzione propria del *recours pour excès de pouvoir*.

Sotto il primo aspetto la *ratio* della retroattività della sentenza di annullamento riposerebbe, secondo l'approccio classico, sulla natura puramente dichiarativa della stessa, trattandosi di un provvedimento giurisdizionale con il quale il giudice adito si limita a constatare uno stato di illegalità preesistente e originario che risale al momento dell'adozione dell'atto¹⁰⁶. Sicché il conseguente risultato della rimozione *ex tunc* degli effetti *medio tempore* prodotti dall'atto scaturirebbe in modo automatico dall'accertamento della nullità originaria dello stesso e della conseguente inidoneità a produrre qualunque effetto giuridico e non dalla sentenza¹⁰⁷.

Oggi l'orientamento prevalente nella dottrina sia civilista che pubblicista francese propende per il carattere ambivalente della sentenza di annullamento resa dal giudice dell'*excès de pouvoir* in quanto atto giurisdizionale che presenta un contenuto intrinsecamente dichiarativo - nella parte in cui constata un'illegalità preesistente dell'atto impugnato - ma allo stesso tempo costitutivo, nella misura in cui elimina per l'avvenire una decisione amministrativa, ponendosi come fonte di una situazione giuridica nuova, precedentemente non esistente¹⁰⁸.

¹⁰⁵ In generale sulla distinzione tra sentenze costitutive e dichiarative nella dottrina processualcivilista francese si rinvia a H. MONTAGNE, *De l'effet déclaratif ou constitutif des jugements en matière civile*, Paris, 1912, 127; L. MEZEAUD, *De la distinction des jugements déclaratif et des jugements constitutif de droits*, in *RTDC*, 1929, 17 ss.; M. MAYNARD, *Le jugement déclaratoire*, Paris, 1922, 6 ss.

¹⁰⁶ La questione costituisce oggetto di dibattito in dottrina, non essendoci uniformità di vedute. Alla teoria della natura dichiarativa della sentenza di annullamento si contrappone, infatti, l'opposto approccio normativistico seguito da altri autori che propende per il carattere costitutivo di tale atto giurisdizionale. In base a questa diversa ricostruzione la sentenza di annullamento crea una nuova situazione giuridica nell'ordinamento che non esisteva prima della sua pronuncia. A favore di tale tesi H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Paris, 1962, 318; CH. AGOSTINI, *Les normes non valides. Contribution à une théorie générale de l'annulation juridictionnelle des normes*, Paris, 2000, 69. In linea generale, per una distinzione tra le sentenze dichiarative e quelle costitutive nella dottrina processualcivilista francese si rimanda a L. MAZEAUD, *De la distinction des jugements déclaratif et des jugements constitutifs de droit*, in *Rev. Trim. Dr. Civil.*, 1929, 17 ss.

¹⁰⁷ A favore della tesi della natura dichiarativa della sentenza di annullamento resa dal giudice amministrativo nell'ambito del *recours pour excès de pouvoir* si veda O. DUPEYROUX, *La règle de la non - rétroactivité des actes administratif*, Paris, 1953, 237; G. CAHEN-SALVADOR, Conclusion sur CE, 26 décembre 1925, *Rodière*, in *RDP*, 1926, 33; R. ODENT, Conclusion sur CE, Assemblée, 27 mai 1949, *Véron- Réville*, in *Gaz. Pal.*, 1949, 35; M. MAYNARD, *Le jugement déclaratoire*, Thèse Lyon, Paris, 1922, 119; M. WALINE, *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, cit., 194; J.-M. AUBY, *L'inexistence des actes administratif. Étude de contentieux administratif*, Paris, 1951.

¹⁰⁸ A favore della tesi contemporanea della natura ambivalente della sentenza di annullamento del giudice dell'*excès de pouvoir* P. WEIL, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, cit., 137 ss. il quale parla di "paradosso della retroattività" in quanto, se

L'altra argomentazione su cui si fonda il principio di retroattività della sentenza di annullamento è la natura tradizionalmente cassatoria e censoria attribuita al *recours pour excès de pouvoir*. Se la funzione propria di questo rimedio giurisdizionale consiste nel ripristino della legalità violata dall'amministrazione attraverso la rimozione dell'atto illegittimo dalla realtà giuridica, è evidente come tale risultato non possa essere assicurato se non eliminando con efficacia retroattiva tutti gli effetti e le conseguenze che dalla sua adozione sono scaturiti, riportando la situazione giuridica del ricorrente e l'ordinamento giuridico nella medesima consistenza in cui si trovavano anteriormente all'adozione dell'atto illegittimo da parte della pubblica amministrazione¹⁰⁹.

Chiarita l'origine e la *ratio* del principio di retroattività della sentenza di annullamento, la dottrina francese è concorde nel ritenere che lo stesso si fondi su una pura finzione giuridica e occorra, pertanto prescindere da una sua applicazione rigida ed automatica, attraverso strumenti di temperamento della sua portata. Considerare l'atto annullato come mai intervenuto implica, infatti, il necessario ricorso a una *fiction iuris*¹¹⁰. Da un lato non può ignorarsi come quell'atto abbia prodotto modificazioni della realtà esterna e conseguenze materiali spesso non trascurabili e significative. Dall'altro, il ripristino dello *status quo ante* passa spesso attraverso la necessaria azione positiva dell'amministrazione che, in esecuzione alla sentenza di annullamento resa, dovrà adottare atti amministrativi ulteriori eccezionalmente dotati di un'efficacia retroattiva in quanto volti a disciplinare le situazioni createsi sotto il vigore ed in conseguenza dell'atto annullato e, quindi,

teoricamente la sentenza di annullamento è meramente ricognitiva, essa da tuttavia origine a tutta una serie di atti correttivi che vengono presi sulla scorta dell'atto annullato per rimediare alle conseguenze dallo stesso scaturite, creando in tal modo una nuova situazione giuridica; J. GOURDOU, PH. TERNEYRE, *Pour une clarification du contentieux de la légalité en matière contractuelle*, in *C.J.E.G.*, 1999, 249; R. BONNARD, *Précis de droit administratif pour excès de pouvoir*, Paris, 1940, 276.

¹⁰⁹ Parlano della retroattività come regola legata alla struttura stessa del *recours pour excès de pouvoir* C. DEVYS, *Conclusions sur CE, Ass., 11 mai 2004, Association AC ! et autres*, in *RFDA*, 2004, 454; J. GOURDOU, PH. TERNEYRE, cit., 259.

¹¹⁰ Sulla natura di finzione giuridica della retroattività della sentenza di annullamento si veda P. WEIL, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, cit., 137 che identifica la finzione della retroattività nell'operazione giuridica di sopprimere il tempo intercorso tra l'adozione dell'atto e la pronuncia del suo annullamento; F. BLANCO, *op. cit.*, 204; D. COSTA, *Les fictions juridiques en droit administratif*, Paris, 2000, 355 ss. che qualifica la retroattività della sentenza di annullamento come "finzione giuridica endogena"; J. MASSOT, *Portée et conséquences de l'annulation par le juge d'un acte administratif*, in *EDCE*, 1979-1980, 111 ss.; A. GALLET, *Étude sur la fiction de la rétroactivité dans le droit français*, Poitiers, 1903, 2 che identifica la finzione giuridica della retroattività della sentenza di annullamento nel supporre che un fatto giuridico si sia realizzato in un momento anteriore a quello effettivo; A.-M. LEROYER, *Les fictions juridiques*, Paris, 1995, 97.

destinati ad operare ora per allora in quanto strumentali a colmare il vuoto giuridico che, per effetto dell'annullamento giurisdizionale, si è generato nel sistema¹¹¹.

La natura di finzione della portata retroattiva della sentenza di annullamento, unitamente alla circostanza che la stessa interviene spesso ad una significativa distanza temporale dall'adozione dell'atto - il quale essendo esecutivo continua *medio tempore* a dispiegare la propria efficacia apportando modificazioni della realtà materiale e consolidando posizioni giuridiche - fa sì che l'applicazione *sic et simpliciter* di tale regola generi, in molte situazioni, effetti catastrofici¹¹².

Onde evitare che il giudice si veda costretto a rinunciare alla sanzione dell'annullamento - anche a fronte di illegalità conclamate - al solo scopo di evitare tali conseguenze e di limitare la discutibile prassi legislativa del ricorso alle leggi di validazione¹¹³, la giurisprudenza amministrativa ha da tempo elaborato una serie di

¹¹¹ Anche nel diritto amministrativo francese vale la regola della tendenziale irretroattività degli atti amministrativi destinati a produrre effetti solo *ex nunc* e *pro futuro*. Si veda in proposito O. DUPEYROUX, *La règle de la non-rétroactivité des actes administratifs*, Paris, 1953, 237.

¹¹² Si esprimono in senso critico alla portata assoluta della regola della retroattività della sentenza di annullamento *pour excès de pouvoir*, tra i tanti, B. SEILLER, *Le procès de la rétroactivité*, in *La rétroactivité des décisions du juge administratif*, Paris, 2007, 15 ss.; ID, *L'illégalité sans l'annulation*, cit.; P. WEIL, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, cit., 138; J. MASSOT, *op. cit.*, 116; F. CROUZATIER DURAND, *Le pouvoir d'annulation du juge administratif : brèves réflexions sur la rétroactivité*, in *LPA*, 2005, n. 25, 6 ss.; B. PACTEAU, *Comment aménager la rétroactivité de la justice? Sécurité juridique, sécurité juridictionnelle, sécurité jurisprudentielle*, in *La rétroactivité des décisions du juge administratif*, cit., 113; O. GOHIN, *Le contournement de la rétroactivité*, in *La rétroactivité des décisions du juge administratif*, cit., 97.

¹¹³ Con il termine *lois de validations* ci si riferisce alla tecnica legislativa mediante la quale il legislatore reintroduce nell'ordinamento giuridico, attraverso un atto avente forza di legge, un provvedimento amministrativo precedentemente annullato da un organo giurisdizionale o conferisce veste formale di legge ad un atto amministrativo, non ancora annullato, ma *sub iudice* in quanto affetto da vizi di legittimità e, quindi, in attesa di essere rimosso dall'ordinamento. La tecnica in questione pone numerosi problemi di compatibilità con il sistema giuridico: da un lato costituisce un palese attentato al principio di separazione dei poteri nella misura in cui consente all'organo legislativo di interferire su scelte giurisdizionali; d'altra parte urta contro la natura propria della legge, quale atto a contenuto generale ed astratto, alla quale viene invece eccezionalmente conferito il compito di disciplinare una fattispecie concreta ed individuale. Inoltre, l'operazione di validazione da parte del legislatore è stata più volte contestata a livello europeo dalla Corte EDU che l'ha ritenuta in contrasto con l'art. 6 della Convenzione nella parte in cui prescrive il diritto ad un processo equo di cui le leggi di validazione costituiscono violazione, salvo che non rispondano ad imperativi motivi di interesse generale, si veda CEDH, 28 octobre 1999, *Zielinski et Pradal et Gonzales et autres c/France*, in *RFDA*, 2000, 299 note B. MATHIEU; più di recente CEDH, 14 février 2006, *Le carpentier et autres c/France*, in *www.juricaf.org*, ha giudicato contrarie all'articolo 1 del protocollo CEDU le leggi di validazione francesi che trovino giustificazione esclusivamente nell'esigenza di preservare l'equilibrio finanziario. Il *Conseil Constitutionnel*, pur non giudicando costituzionalmente illegittima *tout court* tale prassi, ha tuttavia provveduto a dettare delle ristrette condizioni entro le quali le leggi di validazione sono considerate ammissibili: che trovino giustificazione in un *but d'intérêt général suffisant*; che non siano strumentali a reintrodurre nel sistema un atto annullato per effetto di una sentenza che abbia acquisto il carattere di cosa giudicata (in sostanza oggi sono consentite solo *lois de validations* preventive e non ricostitutive); che l'atto validato non abbia violato alcun principio di

temperamenti alla regola dell'efficacia retroattiva della sentenza di annullamento i quali rappresentano il preludio al riconoscimento del potere di modularne temporalmente gli effetti.

Il primo temperamento alla portata retroattiva della sentenza di annullamento è rappresentato dalla teoria del funzionario di fatto.

Fondata sul principio dell'apparenza, tale teoria, che mira a far prevalere la realtà sulla finzione per evidenti ragioni di sicurezza giuridica e di tutela del legittimo affidamento (riposto dagli amministrati nella piena legittimazione del soggetto pubblico agente), postula la validità ed efficacia di tutti gli atti posti in essere dal funzionario pubblico, la cui nomina sia stata successivamente dichiarata illegittima ed annullata dal giudice amministrativo a partire dalla data della sua immissione in ruolo fino a quella dell'annullamento del relativo provvedimento di

rango costituzionale, salvo che le ragioni che giustifichino la validazione siano esse stesse di pari rango costituzionale; che la validazione non si fondi su motivazioni puramente finanziarie da sole insufficienti a giustificarla; che l'uso della tecnica non sia strumentale ad eliminare o limitare la giustiziabilità di un atto. Si veda in proposito Conseil Constitutionnel, décision 99-425, 29 décembre 1999, in *RFDA* 2000, 303. Inoltre, tali leggi sono sottoposte ad un duplice controllo: quello di costituzionalità dinanzi al *Conseil Constitutionnel* e quello di convenzionalità dinanzi al giudice dell'*excès de pouvoir*. Ciò comporta che anche se una *loi de validation* sia considerata costituzionalmente legittima tale giudizio non esclude un controllo del giudice amministrativo quando essa si ponga in contrasto con la CEDU. Sul controllo di convenzionalità delle *lois de validations* si veda CE Ass., 5 décembre 1997, *Mme Lambert*, in *AJDA* 1998, 149; in *LPA*, 1998, n. 71. Il *Conseil d'État*, a sua volta, ha reputato ammissibile tale tecnica e non contraria all'art. 6 della CEDU a condizione che dette leggi si fondino su un sufficiente motivo di interesse generale e siano finalizzate a rimediare alle conseguenze catastrofiche derivanti dalla brutale applicazione del principio di retroattività dell'annullamento *pour excès de pouvoir*, si veda CE, Ass., 5 décembre 1997, *Mme Lambert*, in *AJDA*, 1998, 149, Concl. Bergeal; CE, Ass. Avis contentieux, 5 décembre 1997, *Union régionale des organismes de gestion des établissements d'enseignement catholique des Pays de la Loire*, in *RFDA*, 1998, 160, Concl. Touvet; CE, 23 juin 2004, *Société Laboratoire Génévrier*, Lebon 256; CE 21 décembre 2007, *Fédération de l'hospitalisation privée*, in *AJDA* 2008, 2280, note H. Rihal; Conseil d'État, *De la sécurité juridique*, in *EDCE*, 1991, n. 43, 15 ss. In senso conforme anche Cour de Cassation, Ass. Plén. 24 janvier 2003, in *Bulletin Ass. plén.* n. 3. Sulla tecnica della validazione legislativa in Francia si veda in particolare M. LESAGE, *Les interventions du législateur dans le fonctionnement de la justice. Contribution à l'étude du principe de séparation des pouvoirs*, Paris, 1960, 305; B. MATTHIEU, *Les validations législatives. Pratique législative et jurisprudence constitutionnelle*, Paris, 1987, 329; D. PERROT, *Validation législative et actes administratifs unilatéraux*, in *RDP*, 1984, 983; B. PACTEAU, *Les validations législatives sous la VIII législature*, in *LPA*, 1988, 2; R. CHAPUS, *op. cit.*, 1147 ss. La tecnica in questione pone interrogativi e problematiche non molto dissimili a quelli presenti nel nostro ordinamento nazionale in relazione alle c.d. leggi provvedimento. Sull'argomento si rinvia a G.U. RESCIGNO, *Leggi-provvedimento costituzionalmente ammesse e leggi provvedimento costituzionalmente illegittime*, in *Dir. pub.*, 2007, n. 2, 319; M. LOSANA, *Leggi provvedimento?: la giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2015; G. ARCONZO, *Corte Costituzionale e leggi su misura*, Torino, 2005; ID, *Contributo allo studio delle leggi provvedimento*, Milano, 2007.

nomina, di modo tale che tali atti non vengono travolti dagli effetti normalmente retroattivi del giudicato di annullamento¹¹⁴.

Strettamente connessa alla teoria del funzionario di fatto - anch'essa derogatoria del principio della retroattività della sentenza di annullamento - è la regola del servizio di fatto in base alla quale, a seguito dell'annullamento dell'atto di evizione dal servizio di un funzionario/agente pubblico illegittimamente adottato, questi non ha diritto a percepire, a seguito del provvedimento consequenziale di riammissione in servizio e di ricostituzione della carriera, anche gli emolumenti non percepiti per il periodo di allontanamento dal servizio, in quanto il versamento della remunerazione è subordinato all'effettivo svolgimento delle funzioni e non ad un meccanismo di mera finzione giuridica che si accompagna all'effetto retroattivo dell'annullamento giurisdizionale, ma l'agente sarà solo legittimato a domandare il risarcimento dei danni subiti e i relativi interessi per il pregiudizio sofferto¹¹⁵.

Ulteriori temperamenti alla portata assoluta del principio di retroattività della sentenza di annullamento *pour excès de pouvoir* sono stati di volta in volta elaborati dalla giurisprudenza amministrativa con specifico riferimento a determinati settori del diritto amministrativo ed in modo particolare al settore dell'urbanistica e delle opere pubbliche, laddove l'applicazione di tale principio rischia di entrare in collisione con quello, altrettanto rilevante, dell'intangibilità delle opere pubbliche oltre che con il principio del legittimo affidamento riposto dagli amministrati a seguito della concessione di un titolo abilitativo.

L'annullamento di un permesso di costruire o, soprattutto, l'annullamento di singoli atti della procedura espropriativa o di appalto per la realizzazione di opere

¹¹⁴ Sulla teoria del funzionario di fatto, nella dottrina francese, si veda G. JEZE, *Essai d'une théorie générale des fonctionnaires de fait*, in *RDP*, 1914, 48 ss.; T. ROUSSEAU, *Essai d'une théorie de la fonction et des fonctionnaires de fait*, Paris, 1914; L. LEDOUX, *Essai d'une théorie sur la fonction de fait*, in *RGA*, 1912, 397 ss.; R. CHAPUS, *op. cit.*, 1137; E. JOUVE, *Recherches sur la notion d'apparence en droit administratif français*, in *RDP*, 1968, 283 ss.; J.-P. LOMBARD WEISS, *L'apparence en droit administratif français*, Paris, 2009. In giurisprudenza CE, 2 novembre 1923, *Association des fonctionnaires de l'administration centrale des postes et télégraphes et sieur Bousquié*, in *Recueil*, 699; CE, 27 octobre 1961, *Commune Du Moule*, 920, in *AJ*, 1962, 355; CE, 8 février 1995, *Mme Robert*, in *DA*, 1995, 279; CE, 16 mai 2001, *Préfet de police* in *AJ*, 2001, 643.

¹¹⁵ Sulla teoria derogatoria del *service de fait* si rinvia, per la dottrina, a R. CHAPUS, *op. cit.*, 1139; P. WEIL, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, *cit.*, 228; J. SPACH, *Les suites de l'annulation d'une nomination, promotion, révocation ou mise à la retraite*, Sirey, 1936, 117; E.-G. PERRIERE, *De la révocation des fonctionnaires*, Poitiers, Paris, 1903, 71; J. PAVIN, *Fonctionnaires irrégulièrement évincés, la jurisprudence Deberles en question*, in *AJDA*, 2003, 202. In giurisprudenza, CE, Ass., 7 avril 1933, *Deberles*, in *RDP*, 1933, 625 ss.

pubbliche determinerebbe in astratto, ove si facesse meccanica applicazione della regola dell'efficacia *ex tunc* dell'annullamento giurisdizionale, l'obbligo, nel primo caso per il privato beneficiario del titolo abilitativo, nell'altro per l'amministrazione, di procedere alla demolizione dell'opera *medio tempore* realizzata con evidenti pregiudizi sproporzionati rispetto all'esigenza di ripristino della legalità. Secondo la giurisprudenza amministrativa tali annullamenti non comportano in modo automatico l'obbligo per il privato di demolire l'opera realizzata né per l'amministrazione di provvedere in tal senso¹¹⁶.

La presenza di questi accorgimenti testimonia come già da tempo risalente la giurisprudenza amministrativa francese abbia mostrato una particolare sensibilità al tema della retroattività delle proprie sentenze di annullamento e abbia avvertito l'esigenza di intervenire a temperarne la rigida applicazione cercando di mediare e di trovare un punto di equilibrio tra l'esigenza di ripristino della legalità e quella di assicurare la sicurezza giuridica e la protezione degli amministrati.

5. Il potere di modulazione temporale degli effetti della sentenza di annullamento: tra rivoluzione ed evoluzione.

Concentrata sull'esigenza di limitare le conseguenze deleterie e pregiudizievoli derivanti da un'applicazione brutale del principio di retroattività dell'annullamento, per molto tempo la giurisprudenza amministrativa francese è stata orientata o a evitare di pronunciare l'annullamento - anche a fronte dell'accertamento dell'illegittimità dell'atto - attraverso il ricorso alle tecniche neutralizzanti - o a escluderne la portata retroattiva in casi peculiari, ricorrendo agli espedienti analizzati¹¹⁷.

¹¹⁶ Si veda in tal senso CE, 21 juin 1968, *Dme Spiaggeri et Dlle Courtois*, *Recueil*, 380; CE, 29 juin 1983, *Maignan*, in *DA*, 1983, 324. Ciò vale a maggior ragione in quanto secondo l'art. L 480-13 del *Code urban* nel diritto urbanistico francese è previsto che ogni violazione delle regole urbanistiche conseguenti all'annullamento di un permesso di costruire da parte del giudice amministrativo debba essere sanzionata dal *juge judiciaire*. Per le ulteriori deroghe settoriali al principio della retroattività della sentenza di annullamento *pour excès de pouvoir* in altri settori dell'ordinamento si rimanda a R. CHAPUS, *op. cit.*, 1141.

¹¹⁷ L'insufficienza di tali tecniche era già stata evidenziata da una parte della dottrina che, ancor prima dell'intervento del *Conseil d'Etat* con la sentenza *Association AC!*, aveva prospettato l'opportunità che il giudice amministrativo, piuttosto che cercare di evitare le conseguenze dell'illegalità, mettesse in discussione le conseguenze riconnesse all'annullamento giungendo ad ammettere che l'annullamento di un atto non necessariamente comporti la rimozione immediata e retroattiva dello stesso. In tal senso B. SEILLER, *L'illégalité sans l'annulation*, cit., 968 il quale ritiene che la tecnica

Questo percorso ha presto condotto il giudice amministrativo a valutare una soluzione alternativa e di portata più generale attraverso l'auto-riconoscimento in capo a se stesso di un più ampio potere, quello di modulare la portata temporale degli effetti naturalmente riconnessi a una pronuncia di annullamento, modificandone il campo di applicazione *ratione temporis*¹¹⁸.

La tecnica della modulazione temporale in Francia non nasce, quindi, in modo isolato e inatteso ma costituisce una lenta e progressiva conquista della giurisprudenza amministrativa, tanto da essere battezzata dalla dottrina come una "evoluzione" e non una "rivoluzione"¹¹⁹. Ancorché animate dal medesimo intento di limitare gli effetti pregiudizievoli derivanti dalla portata retroattiva totale e dall'effetto abrogativo riconnesso alla pronuncia di annullamento *pour excès de pouvoir* e sebbene apparentemente simili - soprattutto per quanto concerne le tecniche dell'annullamento "*conditionnée*" e "*conditionnelle*" - le stesse si differenziano dalla tecnica della modulazione temporale per vari elementi. In primo

dell'annullamento condizionato già costituisca una forma di modulazione temporale e che in generale la modulazione costituisca una valida soluzione per evitare annullamenti inutili o gli effetti nefasti di tale sanzione completando la gamma di strumenti a disposizione del giudice amministrativo contro l'illegalità; G. BRAIBANT, *Questions pour le droit administratif*, in *AJDA*, 1995, 25; R. CHAPUS, in *Revue de droit publique*, 1, 2003; D. LABETOULLE, *Principe de légalité et principe de sécurité*, in *Mélanges Guy Braibant*, 1996, 403.

¹¹⁸ Diverse sono le modalità con cui il potere di modulazione temporale viene concretamente utilizzato dalla giurisprudenza amministrativa francese. Tale potere può declinarsi o in un "annullamento abrogativo ad efficacia *ex nunc*" il che accade quando il giudice amministrativo nel pronunciare l'annullamento dell'atto illegittimo statuisce che tutti o parte degli effetti passati già prodotti dallo stesso siano considerati definitivi e cristallizzati; oppure in un "annullamento ad efficacia differita o *pro futuro*" in virtù del quale il giudice nell'accertare l'illegittimità dell'atto stabilisce che il suo annullamento non produrrà effetti se non a partire da una data ulteriore e differita rispetto alla pronuncia della sentenza che egli stesso provvede a fissare. Di norma la prima forma di modulazione temporale viene utilizzata quando si tratta di preservare determinate situazioni giuridiche che sono sorte sotto la vigenza dell'atto successivamente annullato laddove l'altra è preferita quando lo scopo è evitare un vuoto giuridico che la sparizione retroattiva dell'atto creerebbe attribuendo all'amministrazione un lasso di tempo per porvi rimedio. Spesso il giudice usa in modo combinato le due tecniche e può affiancarvi l'uso di altri poteri di cui è dotato, come ad esempio il potere di ingiunzione, dettando contestualmente all'amministrazione le prescrizioni cui è tenuta ad attenersi nel riesercizio della propria azione. Sulle diverse modalità di modulazione temporale si veda FL. CROUZATIER-DURAND, *Le pouvoir d'annulation du juge administratif: brèves réflexions sur la rétroactivité (A propos de l'arrêt d'Assemblée plénière du Conseil d'Etat du 11 mai 2004, Association AC!)*, in *LPA*, 2005, n. 25, 6 ss.; D. LABETOULLE, *Principe de légalité et principe de sécurité*, in *L'Etat de Droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, 1996, 403 ss.; F. BLANCO, *op. cit.*, 520. In particolare è stata oggetto di maggiori contestazioni la forma di modulazione che comporta un annullamento *ex nunc* in quanto si risolverebbe in una sorta di abrogazione, potere di norma spettante esclusivamente all'amministrazione e non anche al giudice.

¹¹⁹ Sebbene vada rimarcata la distinzione tra tale innovativa e più recente tecnica rispetto alle precedenti elaborate dalla giurisprudenza amministrativa. V. J.-C. BONICHOT, *L'arrêt AC!: évolution ou révolution*, cit., 1049.

luogo, solo la modulazione temporale modifica il campo di applicazione *ratione temporis* della decisione giurisdizionale pronunciata mentre negli altri casi, se l'annullamento interviene - ad esempio perché scade inutilmente il termine concesso all'amministrazione per adeguare l'atto alle prescrizioni indicate - esso conserva la sua totale efficacia retroattiva. Inoltre, le tecniche precedentemente esaminate sono finalizzate principalmente alla regolarizzazione dell'atto illegittimo, viceversa la modulazione temporale non produce né mira a realizzare alcun effetto correttivo sull'atto¹²⁰.

Portando a compimento un processo già avviato di introduzione di un nuovo modello di annullamento e, al contempo, di giurisdizione amministrativa¹²¹, la tecnica della modulazione temporale costituisce piuttosto espressione della recente tendenza - comune a diversi ordinamenti - di configurare un generale potere di accertamento dell'invalidità dell'atto che prescinde dalla sua caducazione oltre che dalla portata necessariamente retroattiva dei suoi effetti.

L'esame della giurisprudenza *Association AC!*, che rappresenta il *leading case* in materia di modulazione temporale nell'ordinamento francese e della sua successiva applicazione ultradecennale da parte della giurisprudenza amministrativa consente di analizzare il campo di applicazione della tecnica oggetto di studio, le fattispecie contenziose nelle quali risulta più frequente la sua concreta applicazione, oltre che le condizioni e i limiti dettati al suo esercizio e, infine, le conseguenze che la sua attuazione ha comportato sul sistema del contenzioso amministrativo francese ad ormai più di dieci anni dalla sua elaborazione.

5.1. Il leading case Association AC! et autres: natura, campo di applicazione, limiti e condizioni di esercizio del potere modulare.

La sentenza *Association AC et autres!* rientra a pieno titolo tra i grandi *arrêts* della giurisprudenza amministrativa francese perché si tratta della prima pronuncia nella quale l'*Assemblée du Contentieux du Conseil d'État* - di fatto anticipando il

¹²⁰ In tal senso si veda O. MOUMODY, *La modulation dans le temps des effets des décisions de justice en droit français*, Thèse, Paris, 2013.

¹²¹ Parla della giurisprudenza *AC!* come pronuncia che si inserisce in un movimento di rinnovamento della giurisdizione amministrativa B. STIRN, *Jurisdiction et jurisprudence administrative: le temps du mouvement*, in *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, 2006, 939.

legislatore - si è autoriconosciuta il potere di modulare gli effetti temporali delle proprie sentenze di annullamento e ne ha fatto concretamente uso per la prima volta. L'importanza della giurisprudenza *AC!* risiede principalmente nella circostanza di essere la pronuncia nella quale il *Conseil d'État* ha definito il campo di applicazione della tecnica e ha dettato le condizioni per il legittimo esercizio di tale potere, tanto da costituire ancora oggi, a distanza di oltre un decennio, il punto di riferimento per la giurisprudenza successiva che ne ha precisato l'ambito di operatività, in senso per lo più ampliativo¹²².

Il caso sottoposto all'esame del supremo Collegio riguardava l'impugnazione da parte di alcune associazioni per la tutela degli interessi della categoria dei disoccupati, *Association Les amis d'agir ensemble contre le chômage* o *Association AC!*, *l'Association pour l'emploi, l'information et la solidarité des chômeurs et travailleurs précaires (APEIS)* e *le Mouvement national des chômeurs et des précaires (MNCP)*, di una serie di *arrêts d'agrément* - atti di natura regolamentare - attraverso i quali il ministro degli Affari sociali, del Lavoro e della Solidarietà, in applicazione dell'articolo L. 352-2 del codice de lavoro, approvava gli accordi relativi alle convenzioni d'*assurance chômage*¹²³.

¹²² Numerose le fonti e gli articoli di dottrina a commento di questa significativa pronuncia. M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DEVOLVE, B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, 15e édition, 2007, 906, commentaire n°116; ID, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, 17e édition, 2009, 865, commentaire n°114; J. C. BONICHOT, P. CASSIA, B. POUJADE, *Les grands arrêts du contentieux administratif*, Paris, 2005; J.-H. STAHL, A. COURREGES, *Note à l'attention de Monsieur le Président de la Section du contentieux*, cit., 438; P. MONTFORT, *Le pouvoir juridictionnel de modulation dans le temps des effets de l'annulation contentieuse d'un acte administratif*, in *LPA*, 17 novembre 2004, n. 230, V. J.-C. BONICHOT, *L'arrêt AC!: évolution ou révolution?*, cit. 1049; C. LANDAIS, F. LENICA, *La modulation des effets dans le temps d'une annulation pour excès de pouvoir*, in *AJDA*, 2004, 1183-1190; M. LOMBARD, *La modulation des effets dans le temps des annulations*, in *DA*, juillet 2004, comm. 115, 26-28; O. DUBOS, F. MELLERAY, *La modulation dans le temps de l'annulation d'un acte administratif*, in *DA*, août-septembre 2004, 8-16; P. MONTFORT, *Le pouvoir juridictionnel de modulation dans le temps des effets de l'annulation contentieuse d'un acte administratif*, in *LPA*, 17 novembre 2004, n° 230, 14-21; J. BIGOT, *La rétroactivité de l'annulation d'un acte administratif peut être modulée dans le temps et peut avoir des incidences sur les assurances de responsabilité obligatoires*, in *JCPG*, décembre 2004, II, n° 50, 2269-2272; F. CROUZATIER - DURAND, *Le pouvoir d'annulation du juge administratif: brèves réflexions sur la rétroactivité*, in *LPA*, 4 février 2005, n° 25, 6-10; C. GUETTIER, *Association AC! et autres*, in *RDP*, 2005, 536-542; P.-L. FRIER, *Modulation des effets de l'annulation*, in *D.*, 2005, n°1, 30-31; A. MET- DOMESTICI, *La modulation des effets dans le temps d'une annulation pour excès de pouvoir*, in *RRJ*, 2005, n° 2, 821-834; J. ARRIGHI DE CASANOVA, *La jurisprudence "AC !"*, in *Justice et Cassation*, 2007, 1514; P. CASSIA, *La modulation dans le temps des décisions de rejet du juge administratif*, in *D.* 2007, n° 9, 621.

¹²³ In Francia le *conventions d'assurance chômage* sono degli accordi di diritto privato conclusi tra le parti sociali. In applicazione del combinato disposto degli articoli L. 352-2 e L. 133-2 del codice del lavoro tali accordi devono essere siglati da almeno una delle organizzazioni sindacali rappresentative

Le associazioni di categoria ricorrenti sollevavano una serie di *moyens* di legalità, sia interna che esterna, denunciando, in particolare, tra gli altri motivi, l'illegittimità degli *arrêts* impugnati per violazione delle norme del codice del lavoro in materia di composizione del *Comité supérieur de l'emploi*, quale organismo consultivo che interviene nella procedura di approvazione della convenzione¹²⁴.

Tutti i *moyens* sollevati venivano ritenuti fondati e di non scarsa rilevanza in quanto, pur se afferenti a profili di legalità esterna degli atti, non si concretizzavano in meri vizi formali ma integravano violazioni di carattere sostanziale, rendendo impraticabile il ricorso da parte del giudice alla tecnica neutralizzante dei *vices non substantiels*. Cionostante, nelle proprie conclusioni, il commissario del governo evidenziava le conseguenze “*cataclysmiques*” che sarebbero derivate da una sentenza di annullamento a carattere retroattivo, come tradizionalmente intesa, proponendo pertanto all'Assemblea di ricorrere ad una modulazione temporale degli effetti della sentenza di annullamento, facendo uso per la prima volta di tale potere¹²⁵.

Accogliendo e facendo proprie tali conclusioni, il *Conseil d'État* consacra il nuovo potere di modulazione temporale disponendo, da un lato, l'annullamento *ex nunc* e *pro futuro* degli *arrêts* ministeriali modificativi della convenzione del 1° gennaio 2001, con salvezza di tutti gli effetti anteriori già prodotti dalla stessa, da considerarsi definitivi; dall'altro dispone un annullamento ad efficacia differita a partire dal 1 giugno 2004 degli accordi attuativi della nuova convenzione del 2004 e

a livello nazionale e da una delle cinque organizzazioni sindacali dei salariati più rappresentative a livello nazionale. L'entrata in vigore di tali accordi è subordinata alla loro approvazione da parte del ministro del Lavoro attraverso il c.d. *arrêt d'agrément*, atto di natura regolamentare che ha per effetto di rendere la convenzione obbligatoria nei confronti di tutti i datori di lavoro e i lavoratori ricompresi nel campo di applicazione professionale e territoriale cui la convenzione fa riferimento anche se non iscritti all'associazione sindacale sottoscrittrice.

¹²⁴ Nello specifico, si denunciava la presenza all'interno del comitato consultivo della quasi totalità di membri privi di una designazione ministeriale, con conseguente invalidità del parere obbligatorio reso dall'organo collegiale irregolarmente costituito.

¹²⁵ C. DEVYS, *Conclusions sur Conseil d'Etat, Assemblée, 11 mai 2004, Association AC! et autres*, in *RFDA*, 2004, 454 ss. L'annullamento degli accordi modificativi della prima convenzione del 1 gennaio 2001 avrebbe prodotto come effetto quello di far rivivere per l'anno 2003 la convenzione del 2001, nella sua formulazione originaria più svantaggiosa e, quindi, di eliminare tanto l'aumento dei premi deciso dalle parti sociali quanto la riduzione dei periodi d'indennizzo concordati. Più gravi ancora le conseguenze sulla convenzione successiva del 1 gennaio 2004: la portata retroattiva dell'annullamento degli accordi avrebbe determinato la rimozione anche di questa nuova convenzione modificativa creando, per l'effetto, un vuoto giuridico altamente pregiudizievole in quanto l'intero regime giuridico di assicurazione contro la disoccupazione si sarebbe trovato nell'impossibilità di funzionare per tutto il tempo necessario alla stipulazione di un nuovo accordo, con un evidente effetto destabilizzante per tutte le parti sociali coinvolte.

della convezione stessa, termine entro il quale il Ministero è chiamato ad adottare una nuova convenzione legittima, così da evitare un vuoto giuridico nel sistema.

Dopo aver riaffermato con vigore la portata generale della regola della retroattività dell'annullamento di un atto amministrativo - che non solo non viene posta in discussione dalla pronuncia ma ne è a pieno titolo confermata - il *Conseil* precisa che questa non ha tuttavia un'efficacia assoluta ma è suscettibile di essere derogata - sebbene in via del tutto eccezionale - ogni qual volta risulti che l'effetto retroattivo sarebbe produttivo di “*consequenze manifestamente eccessive*” in relazione tanto agli effetti che l'atto ha già prodotto e alle situazioni giuridiche che sono potute nascere sotto la sua vigenza, quanto all'interesse generale al mantenimento temporaneo di tutti o di parte dei suoi effetti¹²⁶.

L'ambito di applicazione del potere di modulazione designato dal Consiglio di Stato francese risulta già a prima vista molto più ampio di quello che il legislatore aveva intenzione di riconoscere al giudice amministrativo nel suo progetto di legge. Si tratta di un potere non limitato al solo annullamento nell'ambito del *recours pour excès de pouvoir* ma esteso ad ogni altra forma di rimedio giurisdizionale¹²⁷. Lo

¹²⁶ Si riporta il passo significativo della pronuncia nel quale il *Conseil d'État* riconosce l'esistenza del potere di modulazione temporale degli effetti retroattivi delle proprie sentenze di annullamento: “*Considérant que l'annulation d'un acte administratif implique en principe que cet acte est réputé n'être jamais intervenu; que, toutefois, s'il apparaît que cet effet rétroactif de l'annulation est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives en raison tant des effets que cet acte a produits et des situations qui ont pu se constituer lorsqu'il était en vigueur que de l'intérêt général pouvant s'attacher à un maintien temporaire de ses effets, il appartient au juge administratif - après avoir recueilli sur ce point les observations des parties et examiné l'ensemble des moyens, d'ordre public ou invoqués devant lui, pouvant affecter la légalité de l'acte en cause - de prendre en considération, d'une part, les conséquences de la rétroactivité de l'annulation pour les divers intérêts publics ou privés en présence et, d'autre part, les inconvénients que présenterait, au regard du principe de légalité et du droit des justiciables à un recours effectif, une limitation dans le temps des effets de l'annulation*”.

¹²⁷ Nell'ambito del *contentieux administratif* la tecnica è estesa a qualsiasi tipo di giurisdizione, ivi compreso al *contentieux de pleine juridiction*; inoltre la stessa è suscettibile di essere utilizzata anche dal *juge judiciaire* e dal *Conseil Constitutionnel*. L'utilizzo della tecnica di modulazione da parte del *juge judiciaire* fuoriesce dall'ambito della presente ricerca, tuttavia, va evidenziato come, relativamente al contenzioso devoluto al giudice ordinario si parla di modulazione temporale con riferimento alla possibilità di questi di modulare nel tempo la portata dei propri *revirements* giurisprudenziali. In altri termini qui la tecnica della modulazione coinvolge la natura retroattiva o meno della regola giurisprudenziale. Per un esame della stessa si rinvia a Cass., II civ., 8 juillet 2004, n° 00-20.493, pronuncia nella quale per la prima volta la Cassazione francese ha fatto applicazione della modulazione nel tempo degli effetti di un *revirement* giurisprudenziale, orientamento successivamente confermato dall'Assemblea plenaria con la sentenza CC., décision n° 2008-564 DC, 19 juin 2008. In dottrina si veda X. LAGARDE, *Modulation dans le temps des effets d'un revirement de jurisprudence: l'assemblée plénière de la Cour de Cassation confirme*, in *JCP G*, juin 2007, n° 25, 27 ss.; N. MOLFESSIS, *La Cour de cassation face la modulation dans le temps des revirements de jurisprudence (à propos des arrêts de la première chambre civil du 11 juin 2009)*, in *D.*, 2009, 2567

stesso riguarda poi tutti gli atti amministrativi e non solo quelli di natura regolamentare¹²⁸. Inoltre il suo esercizio prescinde dalla tipologia del vizio denunciato la cui gravità può tuttalpiù rappresentare un parametro di valutazione nel giudizio di bilanciamento da effettuare in sede di esercizio del potere¹²⁹.

Sul piano operativo, l'Assemblea precisa che la valutazione che il giudice amministrativo è tenuto ad effettuare per valutare se fare o meno uso del potere modulatorio consta di due fasi distinte e successive: nella prima egli deve domandarsi se l'effetto retroattivo dell'annullamento abbia nel caso concreto una portata tale da generare *consequenze manifestamente eccessive alla sécurité juridique* e se sussista un interesse generale al mantenimento degli effetti già prodotti dall'atto; nella seconda fase di questo processo - che si apre solo in caso di esito positivo della prima - deve effettuare uno scrupoloso *test de proportionnalité*, ovvero un bilanciamento tra i vantaggi e gli inconvenienti generati dall'applicazione della tecnica di modulazione, in altri termini tra le esigenze di legalità e quelle di stabilità

ss.; C. RADE, *La chambre sociale de la Cour de cassation et la modulation dans le temps des effets des revirements de jurisprudence*, in *Droit social*, 2010, n° 12, 1150 ss.; V. DE BAKOUCE, *La présomption d'innocence devant l'assemblée plénière de la Cour de cassation: consécration de la modulation dans le temps des revirements de jurisprudence*, in *Lexbase Hebdo*, 2007, n° 245; O. MOUMODY, *La modulation dans le temps des effets des décisions de justice en droit français*, cit., 17 e 251 ss. per un esame dei casi in cui la *Cour de cassation* si è rifiutata di fare applicazione del potere di modulazione. Sul ricorso al potere di modulazione da parte del *Conseil Constitutionnel* si veda oltre, par. n° 6.

¹²⁸ La sentenza *Association AC!* non pone in astratto alcun limite alla applicabilità del potere di modulazione temporale in ragione della tipologia di atto impugnato. Cionostante la stessa è pronunciata con riferimento ad atti di carattere regolamentare. All'indomani della sua pronuncia si era pertanto sollevato il problema di stabilire se sussistessero limiti qualitativi al campo di applicazione della tecnica. L'applicazione successiva della giurisprudenza *AC!* ha mostrato come, sebbene di fatto preferita in presenza di annullamenti retroattivi di atti a portata generale ed astratta, in linea di principio nulla osta all'applicazione della tecnica anche in presenza di annullamenti di decisioni individuali CE, 12 décembre 2007, *Sire et Vignard*; CE, 30 décembre 2010, *Robert*; di decisioni a carattere non regolamentare e persino di clausole regolamentari contenute in un contratto amministrativo CE, 31 juillet 2009, *Ville de Grenoble*, in *Lebon*, 642.

¹²⁹ In oltre un decennio di applicazione pratica la giurisprudenza amministrativa ha dimostrato come il criterio del vizio dell'atto impugnato assuma rilevanza ai fini della scelta della modulazione solo nell'ipotesi in cui l'atto in contestazione sia affetto da un unico vizio procedurale, agevolando in tal caso l'applicazione della tecnica, si veda in proposito CE, 19 décembre 2008, *Kierlowki-Chatal*, n° 312553, cit.; CE, 23 décembre 2011, *Danthony* n° 335033, cit. Al contrario, nei casi di vizi sostanziali o connotati da una maggiore gravità, come nel caso dei *moyens d'ordre public*, non esiste un rapporto rispetto alla scelta di non adottare la tecnica modulatoria, restando le due questioni del tutto indipendenti, si veda CE, 3 mars 2009, *Association française contre les myopathies*, n°314792. Sul rapporto tra la modulazione temporale e la natura del vizio da cui risulta affetto l'atto oggetto di annullamento si rinvia per un'analisi più approfondita a O. MAMOUDY, *La modulation dans le temps des décisions de justice en droit français*, Thèse, Paris, 2013, 167. In linea di principio, la giurisprudenza *AC!* non pone alcun limite all'esercizio del potere di modulazione della retroattività dell'annullamento neppure quando venga in rilievo una violazione del diritto dell'Unione europea in quanto l'atto impugnato è stato adottato in contrasto con una norma comunitaria. Sul punto si veda par. n° 5.3.

giuridica, in modo da scegliere quale tipologia di modulazione temporale risulti più adeguata alla fattispecie sottoposta alla propria cognizione¹³⁰.

Diversi gli indici e i criteri di cui il giudice può avvalersi per valutare la natura manifestamente eccessiva per la sicurezza giuridica della portata retroattiva dell'annullamento, valutazione nella quale si esprime in modo palese l'ampio margine di apprezzamento lasciato al giudice amministrativo nell'uso del potere modulatorio.

Il primo elemento d'apprezzamento che viene in rilievo è il numero di atti e di situazioni giuridiche soggettive suscettibili di essere travolti e rimessi in discussione dagli effetti retroattivi della sentenza di annullamento. Di norma vi è un rapporto di diretta proporzionalità tra i due termini, in quanto maggiore è il numero di provvedimenti attuativi che sono stati adottati sulla scorta dell'atto annullato e più numerose sono le situazioni giuridiche coinvolte dallo stesso più probabile sarà l'applicazione positiva della giurisprudenza *AC!*¹³¹.

Altro criterio utilizzato è la natura giuridica e la rilevanza degli interessi coinvolti nelle conseguenze della retroattività dell'annullamento. L'esame delle pronunce nelle quali la giurisprudenza amministrativa ha fatto uso positivo del potere di modulazione mostra come una particolare attenzione venga riservata a due

¹³⁰ Sul controllo di proporzionalità si rinvia a G. BRAIBANT, *Le principe de proportionnalité*, in *Le juge et le droit public, Mélanges offerts à Marcel Waline*, Paris, 1974; J. MERKHANTAR, *Le contrôle juridictionnel de la proportionnalité dans l'action administrative unilatérale*, Lille, 1990; F. DIEU, *La modulation des effets des annulations contentieuses ou comment concilier principe de légalité et principe de sécurité juridique*, cit., 2428.

¹³¹ Molteplici le sentenze nelle quali la giurisprudenza amministrativa francese ha giustificato il ricorso alla tecnica della modulazione sulla scorta di questo criterio. Si vedano in proposito, tra le altre, CE, 21 décembre 2006, *USSFPA*, n. 287812, in *Lebon*, 576, e in *AJDA*, 2007, 7, nella quale la modulazione viene applicata all'annullamento di un decreto di nomina al *Conseil supérieur de la fonction publique* in ragione del numero e della importanza degli atti esaminati dall'organo a seguito della sua designazione e del rischio della messa in discussione di numerosi funzionari; CE, 19 décembre 2008, *Kierlowki-Chatal*, n° 312553, in *Lebon*, 467, e in *AJDA* 2008, 2427, con la quale la modulazione è applicata all'annullamento retroattivo di un decreto fissante la lista dei poli d'istruzione e delle competenze dei giudici dell'istruzione che li compongono tenuto conto del numero elevato di informazioni istruite a seguito dell'entrata in vigore del decreto e dell'attentato manifestamente eccessivo al funzionamento del servizio pubblico della giustizia; CE, 8 juillet 2009, *Commune de Saint – Dié des Vosges*, n° 314236, in *Gaz. Pal.*, n. 211, 2, con nota di M. GUYOMAR, *Conclusions sur CE, 8 juillet 2009*, nella quale la modulazione viene operata in relazione ad un decreto del Ministero della Giustizia che riformava la carta giudiziaria del tribunale del commercio e il cui annullamento retroattivo avrebbe comportato la nullità di più di 1500 nuove procedure collettive avviate determinando, anche in questo caso, un attentato manifestamente eccessivo al funzionamento del servizio pubblico della giustizia. Più di recente CE, Ass., 23 décembre 2011, *Danthyony*, n. 335033, in *Lebon*, 649, in *AJDA*, 2012, 7 che giustifica la modulazione in quanto l'annullamento retroattivo di un decreto avrebbe inciso in senso pregiudizievole su numerosi atti individuali e rapporti contrattuali coinvolti assunti sulla base del decreto annullato.

interessi pubblici: quello alla continuità del servizio pubblico e quello del rispetto del diritto comunitario¹³².

Il criterio della continuità del servizio pubblico mira a far prevalere, rispetto al principio di legalità e di giustiziabilità delle situazioni individuali, le esigenze di sicurezza giuridica e di stabilità nella loro dimensione collettiva partendo dal presupposto che il *service public* risponde a bisogni di interesse generale considerati fondamentali ed è, pertanto, l'esigenza che più sta a cuore tutelare al giudice attraverso il ricorso alla tecnica della modulazione. Molteplici sono gli esempi di applicazione pratica della tecnica della modulazione temporale giustificata dall'esigenza di tutela della continuità del servizio pubblico e della sicurezza giuridica nella sua dimensione collettiva¹³³. Allo stesso tempo il *Conseil d'État* ha più volte sottolineato come un mero interesse finanziario - ancorché di importi rilevanti - o la sola salvaguardia dell'economia del sistema, non sono da soli sufficienti ad integrare interessi pubblici idonei a giustificare il ricorso alla tecnica della modulazione temporale ma necessitano di essere corroborati da ulteriori indici a supporto¹³⁴.

Ulteriore criterio utilizzato in sede di applicazione da parte del giudice amministrativo del potere di modulazione è la protezione dell'interesse generale¹³⁵. Si tratta di un concetto piuttosto ampio e vago che, a seconda delle fattispecie concrete, viene di volta in volta utilizzato dal giudice per garantire il rispetto del

¹³² Per l'esame della rilevanza nell'utilizzo della tecnica modulatoria dell'interesse pubblico al rispetto del diritto comunitario e per l'incidenza che l'uso della tecnica produce sul rispetto dell'obbligazione gravante sugli Stati membro del rispetto del principio del primato del diritto comunitario si rinvia al capitolo successivo, trattandosi di questione più generale che non riguarda esclusivamente l'ordinamento giuridico francese.

¹³³ Si veda, *ex pluribus*, CE 12 décembre 2007, *Sire et Vignard*, n° 296072 e n° 296818, in *AJDA*, Concl. M GUYOMAR, 638; CE 30 décembre 2010, *Marc Robert*, n° 329513, Concl. M GUYOMAR, in *Gaz. Pal.*, 2011, n° 19, 16 ove viene in rilievo l'annullamento non retroattivo del decreto di nomina di un magistrato per garantire l'esigenza di continuità del servizio pubblico della giustizia; per l'esigenza di continuità del servizio pubblico dell'istruzione CE, 1 juin 2012, n° 341775 *Fédérations des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche publique et autres*, in *AJDA*, 2012, 1088; del servizio pubblico dell'elettricità e del gas CE, 31 juillet 2009, n° 296964, *Ville de Grenoble, Société Gaz électricité de Grenoble*, in *Lebon*, 642, e in *AJDA*, 2009, 1522.

¹³⁴ CE, 11 juillet 2008, n° 298779, *Syndicat de l'industrie de matériels audiovisuels électroniques c/Société Sorecop c/Société Copie France*, in *Lebon*, 263, e in *AJDA*, 2008, 1414.

¹³⁵ Sulla nozione di interesse generale e la sua rilevanza nel settore del diritto amministrativo francese si rinvia a D. LINOTTE, *Recherches sur la notion d'intérêt général en droit administratif français*, Bordeaux, 1957; D. TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, Paris, 1977.

diritto comunitario¹³⁶ o delle esigenze costituzionali¹³⁷, consentendo la permanenza nell'ordinamento di una disposizione illegittima.

L'Assemblea detta, infine, una serie di condizioni cui l'utilizzo della tecnica è subordinato e che si risolvono in vere e proprie obbligazioni procedurali gravanti sul giudice.

Ove all'esito del test di proporzionalità questi si determini a ricorrere al potere modulare, prima di farne concretamente uso, è tenuto preliminarmente a provocare un contraddittorio tra le parti su tale questione al fine di raccogliere le loro osservazioni sulle conseguenze della retroattività e sulla scelta di esercitare il potere modulare. L'obbligazione procedurale di raccogliere le osservazioni delle parti sulla *mise en oeuvre* del potere di modulazione costituisce espressione del principio di buona amministrazione della giustizia e di tutela del diritto di difesa del ricorrente, oltre a consentire al giudice di disporre di tutti gli elementi valutativi necessari ad effettuare l'analisi più completa possibile delle conseguenze sia della retroattività dell'annullamento che dell'applicazione della modulazione¹³⁸.

In secondo luogo, il giudice è tenuto a esaminare tutti i *moyens d'ordre public* e gli altri motivi di ricorso sollevati dalle parti, in quanto l'esercizio del potere modulatorio è incompatibile con il ricorso alla tecnica processuale dell'assorbimento dei motivi e al principio dell'*économie de moyens*; egli è tenuto, infatti, a dar prova di aver approfonditamente scrutinato la questione della illegittimità dell'atto impugnato prima di aver deciso di modularne le conseguenze¹³⁹.

Sulla portata effettiva e sul contenuto di tale obbligazione procedurale non vi è unanimità di vedute nella stessa giurisprudenza amministrativa che ne fornisce quattro possibili letture¹⁴⁰. La prima si fonda su un'interpretazione estensiva in base

¹³⁶ CE, 23 février 2005, *ATMMP et autres*, n° 264712; CE, 25 février 2005, *France Telecom*, n° 247866, in tema di potere modulare esercitato o meno per ragioni di interesse generale legate all'esigenza di trasposizione di una direttiva comunitaria.

¹³⁷ Attraverso l'applicazione della tecnica della *abrogation différée* per la quale si rinvia oltre al par. 6.

¹³⁸ In tal senso J. ROBERT, *La bonne administration de la justice*, in *AJDA* 1995, numéro spécial, 117, In generale sull'obbligo procedurale di informazione delle parti nel processo amministrativo francese si rimanda a T. EINAUDI, *L'obligation d'informer dans le procès administratif*, Paris, 2002.

¹³⁹ Su tale principio processuale si rinvia a R. CHAPUS, *op. cit.*, § 1083-3°; F. DIEU, *La règle de l'économie de moyens doit-elle paralyser le pouvoir d'injonction du juge administratif?*, in *AJDA*, 2009, 1082; D.A., *Economie de moyens et pouvoir d'injonction, suite*, in *AJDA* 2010, 214; C. BROUELLE, *op. cit.*, 231; R. ODENT, *Contentieux administratif, Les cours de droit*, Paris, 2007, 751.

¹⁴⁰ Sul punto si rimanda a O. MAMOUDY, *D'AC! à M6 en passant par Danthony. 10 ans d'application de la jurisprudence AC! – Bilan et perspectives*, in *AJDA*, 2014, 501.

alla quale il giudice che usa il potere modulare deve, nella motivazione della sentenza, pronunciarsi esplicitamente su tutti i *moyens* sollevati al fine di rigettarli¹⁴¹. L'opposta lettura accoglie una concezione assolutamente restrittiva dell'obbligazione in questione – al limite della sua vanificazione - ritenendo che il giudice non sia tenuto, neppure implicitamente, ad esaminare gli altri *moyens* sollevati¹⁴². Le altre due tesi intermedie forniscono un'interpretazione restrittiva del contenuto dell'obbligazione ritenendo o che sia sufficiente che il giudice esamini e rigetti *par préterition* tutti gli altri *moyens*, enunciando espressamente nel dispositivo che “*qu'aucun autre moyen n'est de nature à justifier l'annulation de l'acte attaqué*”¹⁴³ o che basti un esame implicito senza che ne sia dato conto neppure per preterizione in motivazione “*implicitement mais nécessairement jugé qu'aucun de ces moyens n'était susceptible d'être accueilli*”¹⁴⁴.

Inoltre, restano impregiudicate le azioni giurisdizionali e i ricorsi già esperiti al momento della pronuncia della sentenza di annullamento contro le decisioni adottate sulla base dell'atto oggetto di impugnazione¹⁴⁵.

Infine, il ricorso alla tecnica della modulazione temporale fa nascere un obbligo di motivazione rinforzata dovendo il giudice dar conto dei risultati del test di proporzionalità eseguito e delle ragioni che giustificano la deroga al principio di retroattività dell'annullamento¹⁴⁶.

5.2. *Evoluzione e sviluppi nella giurisprudenza amministrativa: bilancio e prospettive di oltre un decennio di applicazione.*

La giurisprudenza *AC!* non è rimasta una pronuncia isolata ma, al contrario, si tratta di una sentenza che ha avuto una grande risonanza nel panorama del sistema

¹⁴¹ Si esprime in tal senso CE, 5 mars 2008, n°286273, *Société TFI* e CE, 5 mars 2008, n° 281451, *Société NRJTV*.

¹⁴² Si veda CE, 21 novembre 2008, *Association des hôpitaux privés sans but lucratif*, n° 305292.

¹⁴³ In tal senso CE, 12 décembre 2007, n°296072, *Sire et Vignard*; CE, 19 décembre 2008, *Kierlowki-Chatal*, n° 312553, cit.; CE, 8 juillet 2009, *Commune de Saint – Dié des Vosges*, n° 314236, cit.

¹⁴⁴ CE, 23 juillet 2010, *Département du Nord*, n°333730.

¹⁴⁵ Si veda sulla questione CE, 17 décembre 2010, SFIB, *Assoc. UFC Que choisir, SA Rue du commerce*, n. 310195, in *Lebon T.* 927, e in *AJDA*, 2011, 854 con nota di O. B UI-XUAN.

¹⁴⁶ La dottrina evidenzia come tale obbligo, pur formalmente rispettato, abbia perso nel tempo in sede di applicazione pratica della tecnica di modulazione la sua originaria importanza venendo di fatto svuotato della sua portata sostanziale attraverso il sempre più frequente ricorso a motivazioni stereotipate.

del contenzioso amministrativo francese¹⁴⁷. A distanza di ormai oltre un decennio dalla sua pronuncia la tecnica consacrata della modulazione temporale ha ricevuto numerose applicazioni positive tanto da parte del *Conseil d'État*¹⁴⁸ quanto delle *Cours administratives d'appel* e dei *Tribunaux administratifs*¹⁴⁹ tanto da poter ormai contare su principi e regole di applicazione ben consolidati.

Alcune di queste pronunce si segnalano in modo particolare in quanto non si tratta di sentenze meramente applicative dei principi statuiti nell'*arrêt Association AC!* ma presentano aspetti innovativi che hanno contribuito all'evoluzione del fenomeno della modulazione temporale e alla precisazione del suo campo di operatività, oltre che delle condizioni del suo concreto esercizio.

La prima a venire in rilievo, sotto diversi profili, è la sentenza *France Télécom*¹⁵⁰. Si tratta della prima applicazione positiva della tecnica della modulazione temporale dopo la sua elaborazione da parte della giurisprudenza amministrativa con l'*arrêt AC!*. Al di là di questo mero dato temporale, la sentenza merita di essere segnalata in quanto ha apportato un valido contributo al perfezionamento della tecnica modulatoria stabilendo, da un lato, che il potere di modulazione non costituisce una prerogativa esclusiva del giudice amministrativo ma è attivabile anche su domanda di parte; dall'altro, che l'obbligazione procedurale di

¹⁴⁷ Per un resoconto sull'applicazione pratica che la giurisprudenza *AC!* ha ricevuto nel tempo nell'ordinamento giuridico francese, si rinvia, in dottrina, a A.C. BEZZINA, *2004-2014: les dix ans de la jurisprudence AC!*, in *RFDA*, 2014, étude, 733 ss.; O. MAMOUDY, *D'AC! à M6 en passant par Danthony. 10 ans d'application de la jurisprudence AC! – Bilan et perspectives*, cit., 501 ss.; J.-E. SCHOETTL, *Ce fut AC!*, in *AJDA*, 2014, 116; G. PELISSIER, *Quatre ans d'application de la jurisprudence Association AC! – Une nouvelle dimension de l'office du juge*, in *RJEP*, n° 656, 2008, étude n°7; J.-H. STAHL, *An I ap. AC! : les suites de la modulation dans le temps des effets des annulations contentieuse, un an après l'arrêt Association AC!*, in *RJEP*, 2005, 355; J. ARRIGHI CASANOVA, *La jurisprudence AC!*, in *Just. et cass.*, 2007, 15; BLANCO, *op. cit.*, 507 ss.; D. CONNIL, *op. cit.*

¹⁴⁸ Secondo uno studio approfondito svolto sul tema della modulazione temporale in Francia, nel suo primo decennio di attuazione si contano circa una quarantina di applicazioni pratiche della giurisprudenza *AC!* da parte del *Conseil d'État* e una decina da parte delle *Cours administratives d'appel*. Per un elenco completo di tali pronunce si rinvia a O. MAMOUDY, *La modulation dans le temps des décisions de justice en droit français*, cit., 51, nota n°18.

¹⁴⁹ Si veda tra le principali e a titolo esemplificativo TA Amiens, 28 mai 2009, n° 0602049, *Association de défense de l'environnement des riverains de l'aéroport de Beauvais-Tillé*, in *AJDA*, 2009, 1678; TA Grenoble, 20 juillet 2009, n° 0506115, *Payerne et autres*, in *AJDA*, 2009, 2082.

¹⁵⁰ CE, 25 février 2005, n° 247866, *France Télécom*, in Lebon, 197; in *AJDA*, 2005, 997, con nota di C. LANDAIS, F. LENICA, *Modulation dans le temps des effets de l'annulation d'une décision de l'Autorité de régulation des télécommunications*; in *RFDA*, 2004, 454, concl. C. DEVICE; in *JCP*, 2005, 632, con nota di SAULNIER, CASSIA; e 1101, con nota di E. BREN, *Réguler ou moduler? Des précisions sur les pouvoirs réglementaires de l'ART 5 (Arcep), et sur la modulation des effets dans le temps des annulations contentieuse*; in *DA*, 2005, n. 57, 26, con nota di BAZEX, BLAZY; in *LPA*, 2005, n. 201, 8, con nota di F. MELLERAY.

motivazione è asimmetrica in quanto muta la consistenza dell'obbligo motivazionale a seconda che il giudice si determini ad accogliere o rigettare la domanda di modulazione degli effetti dell'annullamento. Solo nel primo caso essa deve essere più circostanziata mentre, in caso di rigetto, è sufficiente una motivazione più succinta¹⁵¹. Inoltre, la sentenza rappresenta il primo caso in cui il *Conseil d'État* ha giustificato il ricorso al potere modulatorio con l'esigenza di rispetto del diritto comunitario, mostrando come la tecnica della modulazione si presti ad essere un efficace strumento di attuazione del principio del primato del diritto europeo, prendendo posizione sulla dibattuta questione dei rapporti tra l'uso di questa tecnica e il rispetto del diritto UE, profilo che sarà oggetto di analisi più approfondita nel corso della trattazione.

Altra sentenza rilevante in materia è il caso *Sire et Vignard*¹⁵² che contribuisce a meglio delineare, in direzione per lo più ampliativa, il campo di applicazione della tecnica modulatoria. Nelle sue prime applicazioni pratiche, oltre che nella stessa fattispecie esaminata nella sentenza *Association AC!*, il giudice amministrativo si è sempre trovato di fronte alla scelta di esercitare questo nuovo potere in presenza di annullamenti di atti regolamentari o comunque di atti caratterizzati da un contenuto generale ed astratto rivolti ad una categoria ampia e non già identificata di destinatari¹⁵³.

Se non vi è dubbio che quello degli atti regolamentari costituisca, per sua stessa natura, il campo di applicazione privilegiato del nuovo potere di modulazione - in considerazione del carattere manifestamente eccessivo che è in grado di comportare il loro annullamento retroattivo per il vuoto giuridico che generano nel sistema, per il numero di atti consequenziali adottati in applicazione delle

¹⁵¹ Nella maggior parte delle sentenze di rigetto, il rifiuto da parte del giudice amministrativo di far ricorso al potere di modulazione viene giustificato con la formula: "*considérant qu'il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de limiter dans le temps les effets des annulations prononcées par la présente décision*".

¹⁵² CE, 12 décembre 2007, *Sire et Vignard*, n°296072, in *AJDA*, 2008, 638, con nota di M. GUYOMAR, *L'application de la jurisprudence Association AC! à l'annulation d'une décision individuelle*, 642 ; in *MSDA*, 2008, n. 26, 37 con nota di D. BAILLEUL, *Modulation des effets dans le temps de l'annulation de la nomination d'un procureur de la République*; in *AJFP*, 2008, n. 4, 172, con nota di R. GUEGUEN, *La modulation de l'annulation des nominations de magistrats*.

¹⁵³ E' il caso della tecnica della modulazione applicata agli atti delle autorità amministrative indipendenti CE, 25 février 2005, n° 247866, *France Télécom*, cit.; alle decisioni ministeriali CE, sect. Réunion, 3 mars 2009, n. 314792, in www.legifrance.gouv.fr; ai decreti CE, 11 mai 2004, *Association AC! et autres*, cit.

disposizioni in essi contenute, per l'elevato numero di destinatari coinvolti le cui sfere giuridiche sono suscettibili di essere pregiudicate - l'evoluzione giurisprudenziale successiva ha dimostrato come tale ambito non ne esaurisca la portata.

La sentenza citata ha, infatti, per la prima volta, ammesso l'uso della tecnica della modulazione all'annullamento di atti amministrativi individuali; nel caso di specie la nomina di un magistrato. L'utilizzo della tecnica in questo caso trova giustificazione in un diverso criterio che non si identifica certo nell'interesse privato del singolo colpito dall'annullamento.

A fronte dell'annullamento di un atto individuale, per essere legittimato a fare uso del potere modulare, il giudice deve operare un bilanciamento tra la situazione individuale e gli interessi superiori suscettibili di essere messi in discussione dalla rimozione retroattiva di quell'atto: ove da tale bilanciamento risulti compromessa la continuità di un servizio pubblico - nel caso di specie il buon funzionamento della giustizia in considerazione dei numerosi procedimenti istruiti dal magistrato illegittimamente nominato e dei provvedimenti di giustizia da questi resi - secondo il supremo organo di giustizia amministrativa la natura dell'atto non esclude l'applicabilità della tecnica¹⁵⁴.

L'estensione in via pretoria dell'uso della tecnica modulatoria anche agli atti amministrativi individuali non ha mancato di suscitare qualche perplessità da parte di una certa dottrina che ha evidenziato come - anche avendo riguardo ad esperienze di altri ordinamenti che pure conoscono ed applicano tale tecnica - un tale ampliamento del campo di operatività oltre gli atti regolamentari è sempre avvenuto attraverso un intervento normativo¹⁵⁵. Ad ogni modo, l'evoluzione della giurisprudenza

¹⁵⁴ Sotto questo punto di vista l'uso del potere di modulazione sostituisce la precedente teoria del funzionario di fatto che, in passato, veniva utilizzata dalla giurisprudenza proprio per neutralizzare questo tipo di effetti pregiudizievoli della retroattività dell'annullamento. In proposito F. BLANCO, *op. cit.*, 526.

¹⁵⁵ E' il caso dell'ordinamento comunitario, dove l'art. 233 comma 2 TFUE, nella sua originaria formulazione, prevedeva che *"per quanto concerne i regolamenti la Corte di giustizia indica, se lo ritiene necessario, quali effetti del regolamento annullato devono essere considerati come definitivi"* con ciò limitando il campo di applicazione della modulazione temporale degli effetti delle sentenze di annullamento della *CGUE* ai soli atti di natura regolamentare. L'estensione del potere modulare della Corte europea a tutte le tipologie di atto è avvenuto, per via normativa, solo a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona per effetto del nuovo articolo 264, comma 2, che in ormai parla in generale di "atto annullato". Analoga situazione si è verificata nell'ordinamento belga dove originariamente l'articolo 14 *ter* della legge sul *Conseil d'État* consacrava il potere di modulazione in relazione ai soli atti regolamentari mentre, solo a seguito dell'intervento della *Cour Constitutionnel*

amministrativa in tema di modulazione temporale ha fatto registrare un significativo ampliamento del campo di applicazione della tecnica che, oggi, trova concreta applicazione in relazione all'annullamento di qualsiasi tipologia di atto, indipendentemente dalla sua natura, rilevando esclusivamente il carattere manifestamente eccessivo della sua portata¹⁵⁶.

Piuttosto rilevante è poi la sentenza *Société Tropic Travaux Signalisation*¹⁵⁷ che si segnala, tra l'altro¹⁵⁸, per aver fatto applicazione della tecnica della

che ha giudicato tale limitazione contraria al principio di uguaglianza operando una discriminazione nel trattamento del contenzioso degli atti in ragione della loro natura, è stata estesa anche agli atti amministrativi individuali. Per una critica all'estensione in via pretoria della modulazione agli atti amministrativi individuali si veda A.C. BEZZINA, *2004-2014: les dix ans de la jurisprudence AC!*, cit., 743.

¹⁵⁶ Per l'applicazione del potere di modulazione anche all'annullamento di clausole regolamentari contenute in un contratto amministrativo CE, 31 juillet 2009, *Ville de Grenoble*, n° 296964, in *AJDA*, 2009, 1522.

¹⁵⁷ CE, 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, n° 291545, in *CRDF*, n. 6, 2007, 161 con nota di F. BOTTINI, *Les implication nouvelles du principe de sécurité juridique en droit administratif*; in *AJDA*, 2007, 1577, chronique F. LENICA, J. BOUCHER; in *RFDA*, 2007, 696, concl. D. CASAS; in *RDI*, 2008, 42, obs. R. NOGUELLOU; in *JCP*, 2007, n° 193, 25, con nota di B. PLESSIX, *Droit administratif. Chronique, Contrats administratifs et recours des tiers*; in M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DEVOLVE, B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, 2009, 913.

¹⁵⁸ La sentenza rileva anche in relazione ad aspetti che esulano dall'oggetto d'indagine del presente lavoro, ma che meritano ugualmente di essere segnalati per l'importanza che rivestono nel dibattito esistente in materia di contenzioso contrattuale francese. Operando un *revirement* rispetto alla tradizionale giurisprudenza esistente in materia - che limitava la legittimazione alla contestazione della validità del contratto stipulato con la p.a. alle sole parti contrattuali, legittimando i terzi estranei alla convenzione esclusivamente ad impugnare, tramite un *recours pour excès de pouvoir*, gli atti propedeutici alla sua stipulazione c.d. *actes détachables* - essa ha consentito, per la prima volta, a soggetti terzi illegittimamente pretermessi da una procedura di aggiudicazione, il diritto di contestare direttamente dinanzi al giudice di *plein contentieux* la validità del contratto stipulato *inter alios* con l'amministrazione, ottenendone anche la sospensione dell'esecuzione a titolo conservativo dinanzi al *juge du réfères*. L'esercizio di un ricorso diretto dei terzi contro il contratto viene, tuttavia, sottoposto a delle condizioni rigorose: innanzitutto va esperito nel termine decadenziale di due mesi dalla sottoscrizione dello stesso; legittimati non sono tutti i terzi ma solo i concorrenti esclusi; riconoscimento di ampi poteri decisorii anche di merito al giudice investito della controversia il quale, tenuto conto dell'insieme degli interessi coinvolti, può decidere la risoluzione del contratto solo per l'avvenire, la modificazione di alcune sue clausole, la prosecuzione della sua esecuzione sotto riserva di misure di regolarizzazione, o limitarsi ad accordare un risarcimento al ricorrente. Allo stesso modo il giudice potrà decidere di annullare solo parzialmente il contratto o di modulare nel tempo gli effetti dell'annullamento. Si tratta di poteri analoghi a quelli riconosciuti al giudice amministrativo italiano in sede di giurisdizione sulla validità del contratto stipulato a seguito di illegittima procedura di aggiudicazione con l'evidente differenza che, nel nostro ordinamento, tali poteri sono espressamente riconosciuti dagli artt. 121 e 122 c.p.a., laddove in Francia sono, ancora una volta, frutto dell'opera giurisprudenziale creatrice del *Conseil d'État*. Sui poteri del giudice amministrativo italiano in materia di sorte del contratto a seguito di annullamento degli atti di gara si rinvia al precedente capitolo, in particolare par. n. 2.4. Per un esame più dettagliato del contenzioso contrattuale in Francia si rinvia a R. CHAPUS, *op. cit.*, 723 ss.; C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, Paris, 2004, 612; P. TERNEYRE, D. DE BÉCHILLON, *V° Contentieux des Contrats administratifs*, in *EDCE*, t. 1, 2000; A. DE LAUBADÈRE, F. MODERNE, P. DEVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, Paris, 1983, t. 2, 1818; L. FOLLIOU, *Pouvoirs des juges administratifs et distinction des contentieux en matière contractuelle*,

modulazione temporale agli effetti di un *revirement de jurisprudence*. Nel sistema giuridico francese vige il principio della retroattività della regola giurisprudenziale¹⁵⁹. Tale principio comporta che l'eventuale mutamento giurisprudenziale intervenuto trova applicazione non solo alle fattispecie future, che si troveranno ad essere regolate dalla nuova interpretazione giurisprudenziale elaborata, ma anche a quelle passate che avrebbero dovuto essere regolate secondo il diverso orientamento precedente successivamente superato¹⁶⁰. Il *Conseil d'État* è stato per molto tempo rigidamente ancorato a questa impostazione tradizionale e ha rifiutato più volte di fare uso del potere di modulazione ai casi di mutamenti giurisprudenziali intervenuti, ritenendo che la giurisprudenza *AC!* e, quindi, la tecnica modulatoria, potessero trovare applicazione solo agli effetti degli annullamenti giurisdizionali¹⁶¹.

Paris, 1994; D. DE BÉCHILLON, *Le contentieux administratif de l'annulation en matière contractuelle: une présentation graphique*, in *LPA*, 14 mai 1990, 10. Con specifico riferimento ai rapporti tra il contenzioso contrattuale e il *recours pour excès de pouvoir* si veda P.-F. GONIDEC, *Contrat et recours pour excès de pouvoir*, in *RDP*, 1950, 58; W. KLOEPFER, *Réflexions sur l'admission du recours pour excès de pouvoir en matière contractuelle*, in *AJ*, 2003, 585; J. WALINE, *Contrats et recours pour excès de pouvoir*, Mélanges Labetoulle, Paris, 2007, 859.

¹⁵⁹ La regola della retroattività dei *revirements* giurisprudenziali è sostenuta da tempo dalla *Cour de Cassation* francese Cass. civ., I sect., 21 mars 2000, in *D.*, 2000, 593, con nota di C. ATIAS; Cass. civ., I sect., 9 octobre 2001, in *D.*, 3470, con nota di D. THOUVENIN; Cass. civ., II sect., 2 octobre 2002, in *D.*, 2003, 513 con nota di C. ATIAS; Cass. civ., soc., 25 juin 2003, in *D.*, 2004, 1761, con nota di M. JULIEN. Sulla portata di tale principio e sulle implicazioni pratiche che esso comporta si veda, in dottrina, P. MORVAN, *Le revirement de jurisprudence pour l'avenir. Humble adresse aux magistrats ayant franchi le Rubicon*, in *D.*, 2005, 247; W. DROSS, *La jurisprudence est-elle seulement rétroactive?*, in *D.*, 2006, 472; J. RIVERO, *Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle*, in *AJDA*, 1968, 16; C. MOULY, *Rapport sur les revirements de jurisprudence de la Cour de Cassation*, in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, in *Doc. fr.* 1994, 123 ss.; ID., *Le revirement pour l'avenir*, in *JCP*, 1994, I, 3776; ID., *Comment rendre les revirements de jurisprudence davantage prévisibles?*, in *LPA*, 1994, n. 33, 15; ID., *Comment limiter la rétroactivité des arrêts de principe et de revirement?*, in *LPA*, n. 4, 1994, 9.

¹⁶⁰ Emblematico è il caso dell'*arrêt* della *Cour de Cassation* di condanna in sede civile di un medico per non aver informato il paziente sui rischi eccezionali dell'intervento suggerito nonostante, all'epoca dei fatti, l'orientamento giurisprudenziale non riteneva tale obbligazione gravante sul medico. Si tratta di *Cour de Cassation*, 9 octobre 2001, in *D.*, 3470.

¹⁶¹ Nella giurisprudenza amministrativa, l'applicazione del principio di retroattività dei mutamenti giurisprudenziali ha, ad esempio, condotto il *Conseil d'État*, facendo ricorso ad un mutamento giurisprudenziale, ad applicare in modo estensivo la regola dell'obbligatorietà del ricorso amministrativo *préalable* estendendola anche a individui non indicati nel testo normativo che lo disciplina: CE, 28 septembre 2005, n°266208, in *AJDA*, 2006, 103 con nota di A.-M. MAZATIER, *Extension de l'obligation de recours administratif préalable*, e in *AJDA*, 2006, 681, con nota di B. SEILLER, *Partie remise ou fin de partie?*; o ad applicare il principio dell'*arrêt Ternon* – che introduce un limite temporale di quattro mesi all'esercizio da parte della p.a. del potere di ritirare un atto amministrativo individuale attributivo di diritti, ove illegittimo – ad una fattispecie in cui il ritiro era antecedente a tale pronuncia innovativa: CE 14 juin 2004, *SCI Saint-Lazar*, n° 238199, in *DA*, 2004, n°11, 166, con nota di R. NOGUELLOU, *Le Conseil d'État n'envisage pas de pouvoir moduler les effets dans le temps des revirements de jurisprudence*. In entrambi casi il *CE* si rifiuta di far uso del potere

Vincendo le originarie resistenze, il supremo organo di giustizia amministrativa - pur non mettendo in discussione tale principio - ha oggi ritenuto di potervi derogare ogni qual volta il cambiamento di giurisprudenza concerna l'esistenza stessa e le modalità di esercizio dei ricorsi giurisdizionali. In questi casi, infatti, l'applicazione della regola si risolverebbe in un attentato al diritto al ricorso e alla sicurezza giuridica delle relazioni in corso - nel caso di specie alle relazioni contrattuali - adottando, pertanto, la tecnica del "*revirement prospectif*" ovvero del mutamento giurisprudenziale *pro futuro* o ad effetti limitati nel passato¹⁶².

Sotto questo profilo la sentenza in commento si segnala, altresì, per aver contribuito ulteriormente al processo in atto di progressivo avvicinamento tra i rimedi del *recours pour excès de pouvoir* e del *contentieux de pleine juridiction*, avendo trasposto nell'ambito contrattuale una tecnica tradizionalmente applicabile agli atti unilaterali¹⁶³.

Altra pronuncia significativa in materia di modulazione temporale è l'*arrêt Société Techna*¹⁶⁴. Si tratta, infatti, di una fattispecie in cui il giudice amministrativo fa uso del potere di modulazione in un caso di rigetto del ricorso, in assenza, quindi, di un annullamento dell'atto. In linea generale la tecnica della modulazione temporale sarebbe incompatibile con una decisione di rigetto, in quanto sentenza di

di modulazione alla portata retroattiva del mutamento giurisprudenziale nonostante l'evidente attentato alla *sécurité juridique* e al diritto dei *justiciables* e la richiesta espressa del commissario del governo.

¹⁶² Secondo l'espressione utilizzata da PH. RAIMBAULT, *Retour sur l'adoption du revirement prospectif par le Conseil d'Etat: note sous CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation et autres*, in *Gazette du Palais*, 2007, 10 ss. Per una bibliografia generale sulla questione della estendibilità della tecnica di modulazione temporale degli effetti delle sentenze di annullamento ai mutamenti giurisprudenziali si rinvia a F. BLANCO, *op.cit.*, 539; O. MAMOUDY, *La modulation dans le temps des décisions de justice en droit français*, cit., 234; D. CONNIL, *op. cit.*, 539; H. MUIR WATT, "*Never say never*": *post-scriptum comparatif sur la rétroactivité des revirements de jurisprudence*, in *La rétroactivité des décisions du juge administratif*, (sous la direction de B. SEILLER), Paris, 2007, 61; F. MELLERAY, *Décision juridictionnelle et règle jurisprudentielle*, in *La rétroactivité des décisions du juge administratif*, cit., 35; B. PACTEAU, *Comment aménager la rétroactivité de la justice? Sécurité juridique, sécurité juridictionnelle, sécurité jurisprudentielle*, cit, 113.

¹⁶³ In tal senso A.C. BEZZINA, *2004-2014: les dix ans de la jurisprudence AC!*, cit., 152; M. CANEDO-PARIS, *Contrats administratifs et sécurité juridique: nouvelles avancées jurisprudentielles*, in *RFDA*, 2007, 950. Parte della dottrina francese ritiene che la sentenza vada vista come un passo in avanti verso il riconoscimento della esperibilità di un *recours pour excès de pouvoir* in materia contrattuale, possibilità da sempre negata in considerazione della inconciliabilità della portata necessariamente retroattiva della eventuale sentenza di annullamento con l'esigenza di continuità dei contratti amministrativi che perseguono interessi generali. Nel momento in cui si afferma la modulabilità degli effetti della sentenza viene meno l'ostacolo principale opposto a tale resistenza. In tal senso D. CONNIL, *op. cit.*, 409.

¹⁶⁴ CE, 27 octobre 2006, *Société Techna*, n° 290767, in *AJDA*, 2006, 2385, con nota di C. LANDAIS, F. LENICA, *Modulation dans le temps des effets d'une décision de rejet*.

per sé inidonea ad operare travolgimenti delle situazioni giuridiche create dall'atto impugnato, che resta in vigore. Cionostante, l'uso di tale tecnica conserva una sua utilità nell'ipotesi in cui l'atto impugnato sia stato precedentemente sospeso per effetto di una ordinanza del giudice del *référé*, come nel caso di specie. In tal caso, infatti, differendo gli effetti del rigetto, la modulazione consente il consolidamento delle situazioni giuridiche, ovviando all'assenza transitoria dell'atto durante il suo periodo di sospensione. La pronuncia richiama tanto il precedente dell'*arrêt Association AC!*, di cui costituisce un'applicazione del tutto peculiare, quanto l'*arrêt Société KPMG*¹⁶⁵, intervenuto in tema di rapporti tra il principio di *sécurité juridique* e l'uso della tecnica modulatoria.

L'*arrêt Société KPMG* rappresenta, infatti, la sentenza con la quale il principio di *sécurité juridique* è stato ufficialmente consacrato nell'ordinamento giuridico francese come parametro di riferimento per la valutazione della legittimità di un atto amministrativo¹⁶⁶.

Da ultimo è necessario segnalare, tra le più recenti sentenze innovatrici in materia di modulazione temporale, gli *arrêts Fédération nationale des transports routiers*¹⁶⁷ e *Société M6*¹⁶⁸. Essi sono intervenuti a modificare il principio di diritto della giurisprudenza *AC!* prevedendo la possibilità di operare la tecnica della modulazione temporale in due tempi attraverso l'eliminazione dell'obbligo,

¹⁶⁵ CE, ass., 24 mars, 2006, n° 288460, *Société KPMG*, in *Lebon*, 154; in *AJDA*, 2006, 1028, chronique C. LANDAIS, F. LENICA, *Sécurité juridique: la consécration* ibidem, 897, con nota di F. MELLERAY, *L'arrêt KPMG consacre-t-il vraiment le principe de sécurité juridique*; ibidem, 841 con nota di B. MATHIEU, *Le principe de sécurité juridique entre au Conseil d'Etat*; in *D.*, 2006, 1190, con nota di P. CASSIA; in *RFDA*, 2006, 463, con nota di Y. AGUILA, *Le contrôle juridictionnel du code de déontologie des commissaires aux comptes*; ibid., 483, con nota di F. MODERNE, *Sécurité juridique et sécurité financière*.

¹⁶⁶ Di derivazione tedesca, il principio ha incontrato molte resistenze ad affermarsi nel sistema giuridico francese come parametro espresso di legittimità degli atti amministrativi. Per molto tempo, infatti, pur tenuto in considerazione dal giudice amministrativo nella pronuncia delle proprie sentenze, esso ha operato come principio "clandestino", venendo in rilievo espressamente solo in relazione a controversie amministrative che coinvolgevano situazioni giuridiche di stampo comunitario, laddove il giudice amministrativo ne faceva applicazione, ma non in quanto principio interno dell'ordinamento, ma come principio del diritto europeo. La sentenza *KPMG*, facendo applicazione della modulazione agli effetti dell'annullamento di un regolamento, riconosce per la prima volta, in modo espresso, che la sicurezza giuridica - nelle sue due accezioni di intellegibilità ed accessibilità della norma e di prevedibilità del diritto - è divenuto un principio fondamentale del diritto interno francese. Per una disamina del principio di *sécurité juridique* nel diritto francese si rimanda alla bibliografica indicata in nota n. 8.

¹⁶⁷ CE, 15 mai 2013, *Fédération nationale des transports routiers*, n° 337698, in *AJDA*, 2013, 1876 con nota di D. CONNIL, *Modulation des conséquences et conséquences de la modulation*.

¹⁶⁸ CE, Ass., 23 décembre 2013, *Société M6*, n° 363702.

precedentemente fissato, di contestualità tra la pronuncia di annullamento e la specificazione dei suoi effetti nel tempo. Il *Conseil d'État* ammette ora la possibilità di dissociare la pronuncia dell'annullamento da quella di determinazione della data effettiva della sua efficacia rinviando per la specificazione della portata dei suoi effetti nel tempo ad una seconda pronuncia, ciò al fine di raccogliere le osservazioni delle parti se, al momento di decidere l'annullamento, il giudice si trova nell'impossibilità di garantire il contraddittorio tra le parti e raccoglierne le osservazioni.

Tale innovazione procedurale, se presenta il vantaggio di agevolare il rispetto del contraddittorio sull'uso della tecnica, si espone tuttavia a delle critiche, prima fra tutte quella di dilatazione dei tempi di durata del processo e, quindi, di incertezza sulla effettiva portata dell'annullamento pronunciato¹⁶⁹.

A distanza di undici anni dalla sua prima pronuncia, l'*arrêt Association des amis des intermittents et précaires et autres*¹⁷⁰ è ritornato sulla fattispecie che ha dato origine alla giurisprudenza sulla modulazione, arricchendola. Anche in questo caso, infatti, il *Conseil d'État* dispone un annullamento *pro futuro* della nuova *convention d'assurance chômage* ma, contestualmente, scinde le disposizioni dell'atto annullato che hanno un carattere divisibile e, limitatamente a queste, dispone un annullamento con efficacia immediata.

6. *La modulazione temporale degli effetti delle décisions d'abrogation del Conseil Constitutionnel. Cenni.*

Sebbene esuli dal campo d'indagine del presente studio, che si concentra più propriamente sull'analisi e i risvolti pratici dell'uso del potere modulatorio nell'ambito della giustizia amministrativa, sembra opportuno soffermarsi, sia pur brevemente, sui riflessi che la giurisprudenza *AC!* ha avuto in Francia sul contenzioso costituzionale, soprattutto all'indomani delle rilevanti modifiche normative che lo hanno coinvolto, attraverso l'introduzione della *question prioritaire de constitutionnalité*.

¹⁶⁹ D. CONNIL, *Modulation des conséquences et conséquences de la modulation*, cit., 1878.

¹⁷⁰ CE, 5 octobre 2015, n°383956, in *AJDA*, 2015,1886, con nota di J.-M. PASTOR, *Assurance chômage et modulation dans le temps: bis repetita!*

L'esame della tecnica all'interno di un contenzioso diverso da quello amministrativo - ma per alcuni aspetti ad esso vicino sotto il profilo dell'attenzione rivolta alla tutela della *sécurité juridique* attraverso il controllo degli effetti delle proprie sentenze di incostituzionalità – consente di cogliere l'ampiezza del fenomeno studiato e la sua progressiva espansione. Va poi rilevato come quello tra la modulazione amministrativa e costituzionale sia un legame a doppio filo e di influenza reciproca in quanto l'affermazione del potere modulatorio del giudice amministrativo in Francia è stata agevolata proprio dall'influsso esercitato, oltre che dal diritto comunitario, dalle esperienze straniere delle corti costituzionali europee che, sebbene a diverso titolo e con modalità diversificate, conoscono il fenomeno della modulazione degli effetti delle proprie sentenze di accoglimento¹⁷¹.

L'analisi non può che prendere le mosse dalla distinzione che, solo a partire dal 2010, opera nell'ordinamento francese tra il *contentieux du contrôle a priori*¹⁷² e il *contentieux du contrôle a posteriori (QPC)*¹⁷³, perché diverso è il modo di operare

¹⁷¹ Sull'influenza esercitata dai modelli stranieri di giustizia costituzionale sul diritto amministrativo francese ed, in particolare, sull'affermazione della tecnica della modulazione in Francia si veda F. MELLERAY, *L'imitation des modèles étrangers en droit administratif français*, in *AJDA*, 2004, 1224; J.-H. STAHL, A. COURRÈGES, *Note à l'attention de Monsieur le Président de la Section du contentieux*, cit., 440; J.-B. AUBY, *La globalisation, le droit et l'Etat*, Paris, 2003; J. RIVERO, *Droit administratif français et droits administratifs étrangers*, in *Livre du centenaire de la Société de législation comparée*, 1969, 199; ID, *Les phénomènes d'imitation des modèles étrangers en droit administratif*, in *Miscellanea W.J. Ganshof Van Der Meersch*, Bruylant, 1972, tome 3, 619.

¹⁷² Si tratta del controllo di costituzionalità previsto dall'articolo 61 della *Constitution* francese sulle leggi non ancora entrate in vigore il cui accoglimento, pertanto, impedisce la promulgazione della legge dichiarata incostituzionale. Su questa forma ordinaria di controllo si rinvia, *ex pluribus*, a D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, 2013; B. CHAUTEBOU, *Droit Constitutionnel* Paris, 2015, 560 ss.; M.-A. Coheudet, *Droit Constitutionnel*, Paris, 2011, 106 ss.; J. GICQUEL, J.-E. GICQUEL, *Droit Constitutionnel et institutions politiques*, Paris, 2015, 759 ss.; M. DE VILLIERS, T. DE BERRANGER, *Droit public général*, Paris, 2015, t ; II, 1279 ss.

¹⁷³ Si tratta del controllo di costituzionalità previsto dall'articolo 61-1 della *Constitution* francese, introdotto nel 2010 a seguito della riforma costituzionale *loi n. 2008-724* del 23 luglio 2008, come integrata dalla *loi organique n° 2009 - 1523* del 10 dicembre 2009 e dal *décret n° 2010 n° 148* del 16 febbraio 2010, entrata in vigore il 1 marzo 2010, riguardante le leggi già in vigore per effetto di una remissione della questione da parte di un giudice nazionale *a quo*, secondo uno schema analogo alla nostra questione incidentale di costituzionalità. In dottrina, per un'analisi della *question prioritaire de constitutionnalité* e le sue applicazioni pratiche, si rinvia a J. BONNET, P.Y. GAHDOUN, *La question prioritaire de constitutionnalité*, Paris, 2014; S. GIUMMARA, M. GUERRINI, *Le contentieux de la question prioritaire de constitutionnalité*, Marseille, 2012; E. CARTIER, L. GAY, A. VIALA, *La QPC, vers une culture constitutionnelle partagée?*, Varenne, 2016; X. MAGNON, *La doctrine, la QPC et le Conseil constitutionnel: Quelle distance? Quelle expertise?*, in *RDP*, 2013, 141; A. LALLET, X. DOMINO, *An I ap. QPC*, in *AJDA*, 2011, 375; J. LESSI, L. DUTHELLET DE LAMOTHE, *Cinq ans de QPC devant le juge administratif: retour d'expérience*, in *AJDA*, 2015, 755; G. DRAGO, *Le nouveau visage du contentieux constitutionnel*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 2010, n° 84, 751; Id, *La QPC devant la jurisprudence administrative*, in *Dossiers thématiques du Conseil d'Etat*, 2014, consultabile sul sito www.conseil-etat.fr.

della tecnica nelle due fattispecie e differenti le conseguenze che il suo esercizio in concreto determina.

Nel primo caso, infatti, la dichiarazione di incostituzionalità ha effetto dal giorno della pubblicazione della pronuncia sul *JORF* e impedisce la promulgazione della legge. E' evidente, quindi, l'efficacia *ex nunc* della sentenza non ponendosi, tra l'altro, l'esigenza di rimuovere effetti giuridici già prodotti.

In astratto, pertanto, non venendo in rilievo problemi legati alla retroattività, la tecnica della modulazione non dovrebbe trovare margini di applicazione in questa tipologia di contenzioso. Cionostante, la tecnica conserva, anche in questo settore, un sia pur marginale ambito di operatività, potendo essere utilizzata per differire l'efficacia della dichiarazione di incostituzionalità ad una data successiva a quella di pubblicazione della pronuncia, fissata dalla stessa Corte, secondo la tecnica della *c.d. censure différée*¹⁷⁴.

Sono, tuttavia, molto rare le pronunce rese in sede di *contentieux du contrôle a priori* in cui il *Conseil Constitutionnel* ha fatto uso del potere modulare per i non trascurabili effetti "nefasti" che essa produce¹⁷⁵. In questi casi, infatti, l'applicazione della tecnica, posticipando ad una data ulteriore il momento a partire dal quale la legge deve essere considerata incostituzionale, di fatto autorizza la promulgazione e la produzione temporanea di effetti di una legge di cui è stata accertata la contrarietà alla Costituzione, privando i ricorrenti istituzionali dell'effetto utile connesso all'esperimento di tale ricorso.

Al contrario, molto più frequente risulta il ricorso all'esercizio del potere modulatorio da parte della Corte costituzionale francese all'indomani dell'introduzione della *QPC*¹⁷⁶. In questo caso, infatti, la scelta del legislatore

¹⁷⁴ F. BARQUE, *Le Conseil Constitutionnel et la censure différée*, in *LPA*, 3 décembre 2008, n° 242, 8.

¹⁷⁵ Una prima applicazione risale a CC, Décision n° 2005-528 DC, 15 décembre 2005 "*Loloi de financement de la sécurité sociale pour 2006*", in *AJDA*, 2428, con nota di S. BRONDEL, *Le Conseil constitutionnel se dote de sa jurisprudence AC!*; ma quella più significativa è CC., Décision n° 2008-564 DC, 19 juin 2008, "*Loi relative aux organisme génétiquement modifiés*", in *AJDA*, 2008, 164, 1614, con nota di O. D'ORD, *La loi OGM devant le Conseil constitutionnel ou la dissémination de la jurisprudence AC!*; A. ROBLOT TROIZIER, *L'environnement au cœur des évolutions du contentieux constitutionnel*, in *RFDA*, 2008, 1237; E. BROSSET, *Loi relative aux OGM*, in *RDP*, 2009, 1181.

¹⁷⁶ Secondo un recente studio condotto sull'applicazione dell'art. 62, *alinea 2* della *Constitution* nei sui primi tre anni di applicazione, su sessantacinque decisioni di *QPC* il *Conseil constitutionnel* ha fatto uso del potere di modulazione in ventisette casi. Tra i più rilevanti: CC, Décision n° 2010-1 QPC, 28 mai 2010, in materia di cristallizzazione delle pensioni; CC, Décision n° 2010-14/22 QPC, 30 juillet 2010, in materia di regime generale del carcere a vita; CC, Décision n° 2010-71 QPC, 26

francese è andata nel senso di adottare un modello analogo a quello austriaco, che contempla l'attribuzione di effetti *ex nunc* alla pronuncia caducatoria in via incidentale; tuttavia, è stata al contempo prevista la possibilità del *Conseil Constitutionnel* di modulare nel tempo gli effetti delle proprie decisioni di abrogazione, sia differendone gli effetti nel futuro dando modo al legislatore di rimediare all'incostituzionalità rilevata, sia di rimettere in questione gli effetti che la legge aveva prodotto prima della sua declaratoria di incostituzionalità.

Dunque, nell'ambito del contenzioso costituzionale francese il potere di modulazione temporale degli effetti delle sentenze di abrogazione si fonda, per quanto concerne il giudizio in via incidentale, su una norma scritta che lo legittima¹⁷⁷.

Il fondamento normativo della tecnica è probabilmente la ragione alla base delle diversificazioni delle modalità d'uso della stessa da parte dei due diversi ordini giurisdizionali. Diversamente da quanto accade, infatti, in sede di uso della tecnica di modulazione da parte del giudice amministrativo che, come si è visto, è tenuto a motivare adeguatamente le ragioni della messa in opera della tecnica, dando conto degli esiti del giudizio di proporzionalità condotto in merito all'apprezzamento della manifesta eccessività delle conseguenze della retroattiva, il giudice costituzionale fa ricorso a motivazioni succinte e stereotipate. Manca, inoltre, nelle sue pronunce un espresso riferimento all'interesse generale, che costituisce, al contrario, uno dei criteri principali utilizzati dal giudice amministrativo per giustificare il ricorso all'uso di questo potere eccezionale, interesse che, nel contenzioso costituzionale, viene considerato implicito nell'esigenza di preservare la stabilità legislativa nell'ordinamento giuridico.

L'uso concreto di questo potere da parte della Corte costituzionale si è declinato nella messa in opera di due tecniche modulatorie diverse. Nella prima la Corte, accertata l'incostituzionalità della legge rimessa alla sua cognizione, ne differisce l'abrogazione al momento della entrata in vigore della nuova legge

novembre 2010, in materia di regime di ospedalizzazione senza consenso. Per un elenco completo si rinvia a O. MAMOUDY, *La modulation dans le temps des décisions de justice en droit français*, cit., 51 nota n. 19. Allo stesso tempo, uno studio condotto sui prime cinque anni dall'entrata in vigore della riforma costituzionale mostra un aumento crescente di *QPC* sottoposte alla Corte. Si veda J. LESSI, L. DUTHEILLET DE LAMOTHE, *Cinq ans de QPC devant le juge administratif: retour d'expérience*, cit., 755.

¹⁷⁷ Si tratta dell'art. 62, *alinéa* 2 della *Constitution*.

sostitutiva, dispensando le giurisdizioni ordinarie dal decidere le controversie in corso, in quanto la nuova legge troverà applicazione retroattiva anche alle controversie che avrebbero dovuto essere regolate dalla legge precedente dichiarata incostituzionale¹⁷⁸. Nell'altra, la Corte differisce l'abrogazione della legge incostituzionale ad una data fissata stabilendo al contempo che fino ad essa, la legge, ancorché contraria alla Costituzione, continuerà ad applicarsi ai giudizi in corso, ivi compreso quello in cui la questione è stata incidentalmente sollevata¹⁷⁹. E' evidente come, in questo secondo caso, l'applicazione del potere di modulazione rischia concretamente di vanificare l'effetto utile della dichiarazione di incostituzionalità per il richiedente, che vede comunque applicata la legge incostituzionale nella regolazione della propria controversia¹⁸⁰.

7. La modulation dans le temps e le sue conseguenze sul sistema del contentieux administratif. Conclusioni.

A distanza di oltre un decennio dalla pronuncia *AC!* appare ormai chiaro come l'introduzione nell'ordinamento giuridico del nuovo potere di modulazione temporale abbia profondamento segnato il sistema del *contentieux administratif* francese, modificando radicalmente il rimedio del *recours pour excès de pouvoir* e contribuendo a delineare un nuovo modello di giudice amministrativo.

Molteplici e significative sono, infatti, le ricadute, per lo più positive, che l'applicazione pratica di questa giurisprudenza innovativa ha fatto registrare nel sistema del contenzioso amministrativo francese, sotto un profilo tanto processuale quanto sostanziale.

¹⁷⁸ CC, Décision n° 2010-14/22 QPC, 30 juillet 2010, cit.

¹⁷⁹ CC, Décision n° 2010-14/22 QPC, 30 juillet 2010, cit; CE, ass., 13 mai 2011, *Delannoy et Verzele*, n° 317808, *Lazare*, n° 329290, in *RFDA*, 2011, 772 .

¹⁸⁰ Diverse le soluzioni proposte dalla dottrina che si è occupata della questione per evitare che l'uso della tecnica di modulazione temporale nel contenzioso costituzionale incidentale possa scoraggiare i ricorrenti e i giudici *a quo* a sollevare la relativa questione. Si è proposto di introdurre una riserva che consenta di beneficiare della dichiarazione di incostituzionalità immediata ai soli ricorrenti che hanno sollevato la questione nel giudizio che ha dato luogo al rinvio, ma la soluzione urterebbe contro il principio di uguaglianza. Oppure si è suggerito di far beneficiare della immediata incostituzionalità accertata tutti i ricorsi pendenti alla data della pronuncia della decisione, ma questa soluzione ridurrebbe drasticamente il campo di applicazione della tecnica modulatoria. O. MAMOUDY, *La modulation dans le temps des décisions de justice en droit français*, cit., 315.

Sotto il primo aspetto, la tecnica esaminata ha consentito di superare - o quantomeno di marginalizzare - l'uso della contestata regola dell'*economie de moyens* che autorizza il giudice a privilegiare, tra tutti i motivi di ricorso sollevati dal ricorrente, quello che gli consente la soluzione più rapida della controversia per pervenire all'annullamento dell'atto impugnato, anche se si sostanzia in un *moyen* di legalità esterna. Imponendo, infatti, al giudice che intende far uso della tecnica modulatoria di esaminare tutti i *moyens* sollevati dalle parti, oltre a quelli d'*ordre public* rilevabili d'ufficio, la modulazione temporale - come già si accennava - neutralizza, di fatto, l'operatività della regola processuale in questione con la quale si pone in un rapporto di incompatibilità.

Altro profilo significativo è l'incidenza che la tecnica ha avuto sulla tipologia di annullamenti pronunciati. Poiché il suo uso comporta l'obbligo del giudice amministrativo di scrutinare *funditus* tutti i vizi sia formali che sostanziali da cui l'atto è affetto - sulla scorta dei motivi di ricorso sollevati e di quelli rilevabili d'ufficio - essa ha progressivamente migliorato la qualità delle pronunce rese e, soprattutto, si è posta come strumento ulteriore - accanto alla già elaborata teoria dei vizi non sostanziali - per evitare i c.d. annullamenti platonici ed inutili, favorendo, per tale via, l'affermazione di una nozione sostanzialistica di illegittimità dell'atto amministrativo.

Allo stesso tempo, il ricorso alla tecnica modulatoria da parte del giudice amministrativo ha consentito di ridurre significativamente il numero di leggi di validazione che il legislatore francese è costretto ad adottare per colmare il vuoto lasciato da alcuni annullamenti e disciplinare le situazioni giuridiche travolte dal brutale effetto retroattivo ad essi riconnesso. L'esercizio del potere modulare, permette al giudice amministrativo di farsi carico, già in sede di decisione di annullamento, delle conseguenze pregiudizievoli che dall'effetto retroattivo scaturirebbero e, quindi, evita al legislatore di appropriarsi di una funzione che non gli appartiene.

L'introduzione del potere di modulazione ha poi riaperto il mai sopito dibattito sul riconoscimento del diritto di impugnazione diretta del contratto amministrativo da parte dei terzi in sede di *recours pour excès de pouvoir*, lasciando intravedere qualche spiraglio di evoluzione positiva. Come si è visto, nell'esaminare

la sentenza *Société Tropic Travaux Signalisation*, il motivo principale che da sempre ostacola tale riconoscimento sta nel carattere retroattivo dell'annullamento *pour excès de pouvoir* che metterebbe a rischio la stabilità delle relazioni contrattuali con la p.a. Nel momento in cui si riconosce al giudice amministrativo il potere di modulare gli effetti dell'annullamento giurisdizionale viene meno tale ostacolo¹⁸¹.

Per quanto attiene alle ricadute più propriamente sostanziali del fenomeno, l'introduzione della tecnica modulatoria ha dato un significativo contributo al superamento della tradizionale concezione censoria e distruttrice del *recours pour excès de pouvoir*. La funzione della tecnica modulatoria, infatti, è quella di scrutinare e misurare a fondo gli effetti dell'annullamento dell'atto e il carattere manifestamente eccessivo della connessa portata retroattiva. L'obiettivo primario non è più agire esclusivamente nell'ottica della rimozione della illegalità, attraverso l'eliminazione retroattiva dell'atto, ma valutare le conseguenze di tale annullamento, bilanciandole opportunamente con quelle di sicurezza giuridica e di stabilità delle situazioni soggettive che nell'atto trovano il proprio fondamento. In tal modo, quindi, queste finiscono con l'assumere rilievo nella valutazione complessiva effettuata dal giudice nell'ambito di un giudizio che, conseguentemente, perde la sua originaria caratterizzazione oggettiva aprendosi alla tutela diretta di diritti ed interessi individuali e generali.

Sotto questo aspetto, la tecnica esaminata si iscrive nell'ambito del processo, da tempo in atto, di progressivo avvicinamento dei rimedi giurisdizionali del *recours pour excès de pouvoir* e del *contentieux de pleine juridiction*, sia per il mutamento di funzione del primo che per la maggiore ampiezza di poteri che l'uso della tecnica modulatoria ha finito con l'attribuire al giudice del *recours*, per alcuni aspetti analoghi alle prerogative sinora riservate al solo giudice di pieno contenzioso¹⁸².

¹⁸¹ Su tale dibattito e sull'influenza che è suscettibile di esercitare in materia la tecnica della modulazione temporale si rinvia a J. GOURDOU, PH. TERNEYRE, *Pour une clarification du contentieux de la légalité en matière contractuelle*, cit., 263; J. WALINE, *Contrats et recours pour excès de pouvoir*, in *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Paris, 2007, 859 ss.; P. L., FRIER, *Panorama de contentieux administratif et de responsabilité de la puissance publique*, Paris, 2005, 3.

¹⁸² Sottolineano la permanenza di una distinzione tra i due rimedi e di un non totale allineamento tra gli stessi, pur non negando l'esistenza di tale fenomeno di avvicinamento, R. CHAPUS, *op. cit.*, 247; D. CONNIL, *op. cit.*, 417; F. BLANCO, *op. cit.*, 535. Quest'ultimo propone di introdurre una distinzione di tipo funzionale tra le diverse tipologie di contenzioso esistenti in Francia, basata sul criterio distintivo dei poteri esercitabili dal giudice. Parlano invece di "avènement d'un nouveau recours pour excès de pouvoir" F. MELLERAY, *La distinction des contentieux est-elle un archaïsme?*, cit., 1296; ID, O.

Si giunge per tale via ad evidenziare quella che, senza dubbio, è stata rimarcata dalla dottrina come la principale e più dirompente conseguenza dell'introduzione della tecnica della modulazione temporale nel sistema del *contentieux administratif français*, ovvero il mutamento del ruolo del giudice dell'*excès de pouvoir*.

Attraverso l'esercizio del potere modulatorio - che gli conferisce considerevoli prerogative giurisdizionali - questi cessa di comportarsi da mero censore dell'amministrazione pubblica per trasformarsi nel suo "coadiutore" assolvendo nei suoi confronti ad un ruolo "pedagogico"¹⁸³.

Il giudice amministrativo non si limita più a rimuovere le illegittimità commesse dall'amministrazione ma mira a correggerne l'azione, indirizzandola nella corretta direzione e fornendole, già in fase di annullamento, le istruzioni per adeguare la propria azione ai parametri di legalità.

L'applicazione pratica in più di dieci anni di giurisprudenza mostra come l'uso della tecnica in Francia abbia in concreto favorito l'adeguamento dell'amministrazione alle prescrizioni contenute nella sentenza e velocizzato il processo di ripristino della legalità, riducendo significativamente i casi di inottemperanza al giudicato¹⁸⁴.

Allo stesso tempo, l'uso ormai consolidato di tale tecnica, ha inciso fortemente sul ruolo del giudice dell'*excès de pouvoir* determinando un ampliamento del suo potere normativo oltre che l'attribuzione allo stesso di un ruolo pedagogico, pragmatico e realistico. Infatti, riconoscere al giudice amministrativo il potere di manovrare gli effetti delle proprie sentenze per adeguare le conseguenze ad esse riconnesse alla specificità delle fattispecie sottoposte alla propria cognizione, così come autorizzarlo a statuire il temporaneo mantenimento in vita dell'atto nonostante l'accertamento della sua illegittimità e, non da ultimo, consentirgli di creare nuove

DUBOS, *La modulation dans le temps des effets de l'annulation d'un acte administratif*, cit., 15; afferma la nascita di un "recours de troisième type" P. FRAISSEIX, *La révolution méthodologique du juge de l'excès de pouvoir*, cit., 3.

¹⁸³ Si esprime in tal senso F. BLANCO, *op. cit.*, e sul nuovo ruolo pragmatico e pedagogico dello stesso si veda J. ARRIGHI CASANOVA, *Les habits neufs du juge administratif*, cit., 13.

¹⁸⁴ Da uno studio analizzato sui comportamenti adottati dalle diverse pubbliche amministrazioni coinvolte è emerso come, nella maggior parte dei casi, a seguito della pronuncia di una sentenza modulatoria nella quale il giudice amministrativo ha assegnato all'amministrazione un termine per porre rimedio alle illegalità rilevate essa abbia sostituito l'atto illegittimo adeguandosi tempestivamente alla pronuncia del giudice. Si veda sul punto O. MAMOUDY, *La modulation dans le temps des décisions de justice en droit français*, cit., 427, 482 e 486.

regole giurisprudenziali fissando contestualmente la data a partire dalla quale esse troveranno applicazione, significa conferirgli il potere di modificare lo stato di diritto a partire dalla data che egli stesso stabilisce, andando ben al di là della mera constatazione della illegalità della decisione, dal cui accertamento scaturiscono effetti prestabiliti per legge¹⁸⁵.

L'uso della tecnica ha inoltre favorito l'affermazione di quello che è stato definito da più parti come il nuovo realismo e pragmatismo del giudice dell'*excès de pouvoir* che, nel modulare gli effetti delle proprie sentenze di annullamento, adegua le conseguenze che derivano dalle proprie statuizioni alla concreta situazione dei ricorrenti e alla specificità della fattispecie sottoposta alla propria cognizione in ragione del peso decisorio assunto dalle esigenze di tutela dell'interesse generale¹⁸⁶.

A fronte di questo significativo mutamento nel ruolo assolto dal giudice di legittimità, non sono mancate perplessità in dottrina riguardanti problematiche invasioni di campo in poteri e prerogative proprie dell'amministrazione, tanto da prospettare, da parte di alcuni, l'affermazione della creazione di un' inedita figura di 'giudice amministratore'¹⁸⁷.

Secondo alcuni Autori l'esercizio del potere di modulazione avrebbe comportato l'attribuzione al giudice dell'*excès de pouvoir* di un autentico potere di *réformation* dell'atto amministrativo, tipico di una giurisdizione di merito e non di sola legittimità¹⁸⁸. La tesi non è unanimemente sostenuta, opponendosi al suo riconoscimento coloro i quali ritengono che un vero e proprio potere di riforma riguarda la modifica del contenuto materiale dell'atto impugnato, cosa che non si realizzerebbe con l'esercizio della tecnica della modulazione che, invece, si limita ad agire sulle conseguenze dell'annullamento o lascia comunque all'amministrazione il compito di modificarne il contenuto entro un termine prescritto¹⁸⁹.

¹⁸⁵Sul potere normativo del giudice amministrativo si veda F. CROUZATIER DURAND, *Le pouvoir normatif du juge administratif*, cit., 1504; J. ARRIGHI CASANOVA, *Les habits neufs du juge administratif*, cit., 15 ss.; C. DEVYS, *Conclusions sur Conseil d'Etat, Assemblée, 11 mai 2004, Association AC! et autres*, in *RFDA*, 2004, 467.

¹⁸⁶ D. CONNIL, *op. cit.*, 417.

¹⁸⁷ Si esprimono in tal senso Y. GAUDEMET, *Le juge administratif, futur administrateur*, cit., 179; CH. GABOLDE, *Le juge administratif va-t-il nous gouverner ?*, cit., 112.

¹⁸⁸ A favore di questa tesi C. LANDAIS e F. LENICA, *Chronique de jurisprudence administrative*, in *AJDA*, 2004, 1183; CH. GUETTIER, *Chronique de jurisprudence administrative*, in *RDP*, 2005, 540.

¹⁸⁹ A favore di questa diversa impostazione F. BLANCO, *op. cit.*, 535; J.-E. SCHOETTL, *Ce fut AC!*, cit., 118.

Allo stesso modo, parte della dottrina francese reputa che il potere di modulazione si sia risolto nell'attribuzione al giudice amministrativo di un potere di abrogazione, per di più ad effetti differiti, che di norma spetta esclusivamente all'amministrazione e al giudice di *pleine juridiction*¹⁹⁰.

Se il bilancio complessivo in tema di applicazione della tecnica modulatoria nel sistema giuridico francese può dirsi per lo più positivo, restano comunque aperte, allo stato attuale, alcune questioni che ancora oggi non hanno trovato una definitiva soluzione.

E' il caso dell'applicabilità indiretta della tecnica della modulazione alle ipotesi in cui la questione di illegittimità dell'atto venga in rilievo incidentalmente, in quanto oggetto di un'eccezione di illegalità¹⁹¹.

In linea di principio la tecnica modulatoria non avrebbe necessità di operare in questa fattispecie in quanto, diversamente da ciò che accade nel caso di accertamento dell'illegittimità in via principale, attraverso una sentenza di annullamento, nel caso di accoglimento di un'*exception d'illégalité* la dichiarazione di illegittimità - essendo resa in via incidentale - non determina la caducazione dell'atto, né la rimozione retroattiva dei suoi effetti ma, esclusivamente, la sua non applicabilità alla fattispecie oggetto di regolazione. Non creandosi alcun vuoto giuridico nel sistema, non sussisterebbero, quindi, le esigenze connesse all'esercizio del potere di modulazione.

Quando, tuttavia, oggetto della dichiarazione incidentale di illegittimità è un atto regolamentare essa può produrre effetti ancora più paradossali di un annullamento, ostacolando di fatto la sostituzione dell'atto inapplicabile con quello anteriore di cui la dichiarazione di illegalità non consente la riviviscenza. Rispetto a tale situazione, un'applicazione della tecnica modulatoria potrebbe consentire, secondo alcuni, di ovviare a tale effetto attribuendo eccezionalmente alla

¹⁹⁰ Sulla distinzione tra il concetto di abrogazione ed annullamento dell'atto amministrativo si veda J. ARRIGHI CASANOVA, *Les habits neufs du juge administratif*, cit., 15.

¹⁹¹ Sugli effetti prodotti dalla *déclaration d'illégalité* sull'ordinamento giuridico si rimanda all'approfondito studio di B. SEILLER, *Les effets de la déclaration d'illégalité sur l'ordonnancement juridique*, in *RFDA*, 2014, *étude*, 721.

dichiarazione di illegalità una portata retroattiva, ma la questione resta tuttora dibattuta¹⁹².

Altra questione aperta resta la possibilità di continuare a riconoscere una forma di responsabilità della p.a. a fronte dell'uso del potere modulatorio dal parte del giudice amministrativo. Alcuni Autori, infatti, evidenziano come l'uso della tecnica rischi di risolversi in una forma di progressiva deresponsabilizzazione dell'amministrazione pubblica verso il rispetto della legalità atteso che, in sede giudiziale, pronunciando annullamenti differiti o salvaguardando gli effetti già prodotti da atti illegittimi, di fatto il giudice amministrativo interverrebbe a sanarne le illegalità. Ci si pone quindi il problema di stabilire, fermi gli effetti prodotti dalla modulazione sulla sorte dell'atto, se in ogni caso il ricorrente possa poi agire sperando un'azione risarcitoria contro l'acclarato comportamento illegittimo dell'amministrazione¹⁹³.

In conclusione - a parte qualche posizione critica rimasta per lo più isolata e alcune problematiche ancora irrisolte - ciò che si evidenzia nel panorama della dottrina francese in tema di modulazione temporale è un generale atteggiamento di soddisfazione per la tecnica.

Diversamente da quanto accaduto nel nostro ordinamento - dove come si è visto prevalgono nettamente le posizioni contrarie alla sua ammissibilità - il mondo accademico francese ha accolto con favore il riconoscimento di questo ulteriore potere al giudice amministrativo, in quanto ne ha potuto concretamente sperimentare i risvolti positivi sul funzionamento complessivo del proprio sistema di contenzioso amministrativo e le ricadute migliorative in punto di effettività della tutela degli amministrati e degli interessi pubblici.

¹⁹² Si veda in proposito M.-A. DE BARMON, *La portée rétroactive d'une déclaration d'illégalité, Conclusion sur Conseil d'État, Section, 28 avril 2014, Anshling, n° 357090*, in *RFDA*, 2014, 512; A.C. BEZZINA, *2004-2014: les dix ans de la jurisprudence AC!*, cit., 749. Va evidenziato, in un'ottica comparata, come tale questione abbia trovato una risposta positiva in Belgio dove il *Conseil d'État*, con il beneplacito della *Cour Constitutionnel*, ha esteso l'uso della tecnica modulatoria, normativamente prevista in questo ordinamento giuridico, al contenzioso di legalità in via d'eccezione *Conseil d'État*, 9 février 2012, n. 18/2012.

¹⁹³ Per una soluzione positiva della questione si veda J.-H. STAHL, A. COURREGES, *Note à l'attention de Monsieur le Président de la Section du contentieux*, cit., 452; P.-L., FRIER, *Panorama de contentieux administratif et de responsabilité de la puissance publique*, cit., 36. Più scettico a riguardo di tale possibilità CH. GUETTIER, *Chronique de jurisprudence administrative 2004*, in *RDP*, 1 mars 2005, n° 2, 506.

CAPITOLO TERZO

LA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA E LA MODULAZIONE DEGLI EFFETTI DELLE SUE SENTENZE

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive: ragioni della scelta. 2. L'azione di annullamento degli atti comunitari: caratteri e funzioni. 3. La sentenza di annullamento dell'atto comunitario illegittimo: tra natura costitutiva, efficacia erga omnes e portata retroattiva degli effetti. 3.1. Gli effetti della sentenza di annullamento: la portata retroattiva e i suoi temperamenti. 4. Il potere di modulazione temporale degli effetti della sentenza di annullamento della Corte di giustizia europea: natura, portata e ambito di operatività. 4.1. L'applicazione del potere modulatorio al giudizio incidentale di validità. 4.2. L'applicazione del potere modulatorio al giudizio incidentale di interpretazione. 4.3. Criteri e limiti di operatività del potere modulatorio nel giudizio di annullamento comunitario e in quello interpretativo. 5. Il ricorso alla tecnica della modulazione temporale da parte degli Stati membri e i suoi rapporti con il diritto dell'Unione europea. 6. Il potere di modulazione temporale della Corte europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Cenni. 7. Osservazioni conclusive: verso un modello generale di azione di annullamento comunitaria a carattere oggettivo e a effetti solo conformativi?

1. Considerazioni introduttive: ragioni della scelta.

L'indagine che ci si propone di operare sul tema della modulazione temporale degli effetti della sentenza di annullamento del giudice amministrativo e dei riflessi che il ricorso a tale tecnica ha prodotto sul sistema del contenzioso di legittimità non può prescindere da una comparazione con l'ordinamento comunitario. La sua natura di sintesi tra le diverse esperienze giuridiche degli Stati membri e, allo stesso tempo, le considerevoli implicazioni che il diritto dell'Unione europea produce sulle

discipline nazionali suggeriscono, infatti, un'estensione dell'indagine anche a tale sistema¹.

La tecnica della modulazione temporale rappresenta, infatti, un fenomeno giuridico che ben esprime l'influenza esercitata dal diritto comunitario e dalle altre esperienze straniere sugli ordinamenti giuridici interni e sui rispettivi sistemi di giustizia amministrativa².

Essa consente di analizzare l'influsso che il diritto comunitario, anche se indirettamente, sta esercitando sulla normativa processuale degli Stati membri, dando

¹ Sull'influenza esercitata dal diritto comunitario sugli ordinamenti giuridici dei singoli Stati membri ed in particolare sul sistema del contenzioso amministrativo si rinvia sin da ora a G. SCIULLO, *L'impatto del diritto comunitario sul diritto amministrativo*, in www.giustamm.it, marzo 2007; L. MARUOTTI, *Diritto comunitario e diritto amministrativo*, in www.giustamm.it, marzo, 2008; S. TORRICELLI, *L'uropeizzazione del diritto amministrativo italiano*, in L. DE LUCIA, B. MARCHETTI (a cura di), *L'amministrazione europea e le sue regole*, Bologna, 2015, 245; F. ASTONE, *Integrazione giuridica europea e giustizia amministrativa*, Napoli, 1999; D. DE PRETIS, *Il diritto amministrativo nella prospettiva europea*, in G. D. COMPORTE (a cura di), *Fabio Merusi: i sentieri di un magistero*, Napoli, 2012, 1; ID, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, in G. FALCON (a cura di) *Il diritto amministrativo dei Paesi europei: tra omogeneizzazione comunitaria e diversità culturali*, Padova, 2005, p. 303; ID, *La tutela giurisdizionale amministrativa in Europa fra integrazione e diversità*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 1; ID, *Il processo amministrativo in Europa, Caratteri e tendenze in Francia, Germania, Gran Bretagna e nell'Unione europea*, Trento, 2000; S. M. CARBONE, *Il ruolo della Corte di giustizia nella costruzione del sistema giuridico europeo*, in *Dir. pubb. com. europ.* 547 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Sui rapporti tra ordinamento europeo ed ordinamenti statali in materia di tutela processuale*, in *Dir. Amm.*, 2012, 491, ss.; J. ZILLER, *La dialectique du contentieux européen: le cas des recours contre les actes normatifs*, in *Les droit individuels et le juge en Europe, Mélanges en l'honneur de Fromont*, Strasbourg, 2001, 442; POTVIN-SOLIS, *L'effet des jurisprudences européennes sur la jurisprudence du Conseil d'État français*, Paris, 1999; P. CASSIA, *L'impact du droit communautaire sur le contentieux administratif*, in *Droit administratif européen*, dir. J.-B. AUBY, J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, cit.; TH GEORGOPOULOS, *L'influence du droit européen sur les catégories juridiques du contentieux administratif*, in *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, dir. J.-B. AUBY, *op. cit.*; J.-C. BONICHOT, *Le droit communautaire et le droit administratif français*, in *AJDA*, 1996, numéro spécial, 6.

² D. CONNIL, *L'office du juge administratif et le temps*, Paris, 2012, 381 il quale evidenzia come, anche in Francia, il riconoscimento giurisprudenziale del potere di modulazione temporale al giudice amministrativo è avvenuto sotto la spinta dell'esperienza comunitaria e delle Corti costituzionali straniere tra cui, in particolare, quella tedesca, austriaca ed italiana che già conoscono e praticano tale tecnica. Per uno studio dell'influenza reciproca delle esperienze giuridiche straniere, la circolazione dei modelli e il fenomeno di globalizzazione, con specifico riferimento ai riflessi sul diritto amministrativo, si rinvia a G. FALCON, *Il diritto amministrativo dei Paesi europei: tra omogeneizzazione comunitaria e diversità culturali*, cit., passim; S. CASSESE, *Il diritto amministrativo globale: una introduzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005, n° 2, 331; R. ROLLI, *I caratteri "multilivello" del diritto amministrativo europeo*, in www.giustamm.it, 23 aprile, 2008; L. MARUOTTI, *Diritto comunitario e diritto amministrativo*, in www.giustamm.it, 31 marzo 2008; M.-C. PONTHEREAU, *Trois interprétations de la globalisation juridique*, in *AJDA*, 2006, 20; F. MELLERAY, *L'imitation de modèles étrangers en droit administratif français*, in *AJDA*, 2004, 1224; J. RIVIERO, *Les phénomènes d'imitation des modèles étrangers en droit administratif*, in *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch*, Bruxelles, 1972, 619; R.B. STEWART, *Il diritto amministrativo globale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005, n° 3, 633; B. KINSBURY, R.B. STEWART, N. KRISCH, *The Emergence of global administrative law*, in *Law and Contemporary problems*, 2005, 68.

luogo a un processo di “crescente funzionalizzazione dell'autonomia processuale statale ai principi giurisprudenziali del diritto europeo”³.

La questione si pone in quanto, a fronte del consacrato principio dell'autonomia processuale, che riconosce gli Stati membri liberi di determinare nei rispettivi ordinamenti interni le tecniche giurisdizionali e i rimedi processuali che reputano più efficaci - con il solo limite di garantire alle posizioni giuridiche di derivazione comunitaria *standards* di tutela non inferiori a quelli assicurati dal diritto comunitario in ossequio tanto al principio di equivalenza quanto a quello di effettività della tutela - la giurisprudenza della Corte di giustizia ha finito progressivamente con lo scardinare tale autonomia. Svolgendo un'opera interpretativa delle disposizioni spesso lacunose dei Trattati, essa ha finito con il comportarsi, sempre più spesso, come superiore gerarchico alla stregua di una Corte di cassazione nei confronti dei giudici nazionali⁴.

Allo stesso tempo, l'analisi del potere modulatorio espressamente conferito alla CGUE dall'attuale articolo 264 comma 2 del TFUE induce a riflettere circa la possibilità di configurare un modello generale di azione di annullamento comunitaria a carattere oggettivo e “a effetti solo conformativi”, quale condizione per garantire il principio del primato del diritto comunitario.

L'obiettivo è comprendere quanto l'esperienza comunitaria possa indurre gli Stati a derogare ai caratteri tradizionali dell'azione di annullamento, con specifico riferimento alla sua tendenziale natura costitutiva e portata retroattiva.

³ Si esprime in tal senso S. FOÀ, *Il giudice amministrativo tra effettività della tutela e suggestioni della Corte di Giustizia europea: ipotesi di annullamento ex nunc del provvedimento amministrativo*, in *federalismi.it* e in *Riv. dir. pubb. it. com. e comp.*, 2012. Parlano di “autonomia processuale condizionata” L. DE LUCIA, *Amministrazione europea e tutela giurisdizionale*, in *ASTRID, Lo Spazio amministrativo europeo. Le pubbliche amministrazioni dopo il Trattato di Lisbona*, a cura di M.P. CHITI, A. NATALINI, Bologna, 2011; S. FOÀ, *Giustizia amministrativa e pregiudizialità costituzionale*, cit., 191. Più in generale, sul principio di autonomia processuale degli stati membri e il fenomeno di influenza esercitato dall'UE sui sistemi di giustizia nazionali si rinvia a F. BECKER, *Application of Community Law by Member States' Public Authorities: Between Autonomy and Effectiveness*, in *Common Market Law Review*, 2007, 1044 ss.; M. ELIANTONIO, *Europeanisation of Administrative Justice? The influence of the ECJ's Case Law in Italy, Germany and England*, in *Europa Law Publishing*, 2009.

⁴ Per una prima analisi di questo fenomeno si rinvia sin da ora a G. ISAAC, *La modulation par la Cour de Justice des Communautés européennes des effets dans le temps de ses arrêts d'invalidité*, in *Cah. dr. eur.*, 1987, 444; M. SAPIO, *Un caso di sospensione degli effetti caducatori del giudicato amministrativo in applicazione della rilevanza del diritto europeo sul diritto processuale amministrativo nazionale (nota a margine della sentenza del Consiglio di Stato, Sezione Sesta, n. 2755 del 10.05.2011)*, in *www.giustamm.it*, 19 maggio 2011; D.U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri: a paradise lost?*, Torino, 2009.

Inoltre, la comparazione con un ordinamento giuridico che, a differenza di quelli sinora esaminati, già da tempo riconosce a livello normativo un potere di modulazione temporale degli effetti delle sentenze di annullamento dei propri atti illegittimi, consente di mettere a confronto le due diverse esperienze e di interrogarsi sulla necessità, o almeno l'opportunità, che tale potere sia o meno dotato di un riferimento normativo che lo legittimi⁵. E', infatti, interessante verificare, sotto questo profilo, attraverso un esame casistico, se la circostanza che esso sia normativamente predefinito dal legislatore comunitario costituisca un vantaggio o non rappresenti piuttosto un limite nella sua concreta applicazione.

Sul piano strutturale, il capitolo si apre con un'analisi dell'azione di annullamento degli atti comunitari illegittimi dinanzi alla Corte di giustizia. Se ne colgono gli elementi peculiari, i tratti differenziali e le analogie rispetto alle azioni di annullamento degli atti amministrativi interni ai diversi Stati membri e, soprattutto, ci si sofferma sulla natura costitutiva della sentenza di accoglimento e sulla sua naturale efficacia retroattiva.

La parte centrale del capitolo è dedicata all'esame del potere di modulazione temporale che il Trattato istitutivo prevede a favore della Corte. Si analizza la genesi della norma, la sua portata e il relativo ambito di operatività sul quale, come si vedrà, ha fortemente inciso l'opera interpretativa della stessa CGUE. A fronte, infatti, di una disposizione normativa piuttosto lacunosa che si limita a prevedere l'attribuzione alla Corte di un potere discrezionale di valutazione e di diversa regolazione degli effetti delle proprie sentenze di annullamento, senza dettarne però le modalità di esercizio, l'esame casistico della giurisprudenza comunitaria è necessario per ricostruire le condizioni, i limiti e i presupposti per l'uso effettivo di tale potere. Ciò anche allo scopo di coglierne le differenze con le modalità di utilizzo del medesimo da parte dei singoli Stati membri che lo contemplano, anche solo a livello giurisprudenziale⁶.

⁵ L'art. 264 TFUE (ex art. 230 TCE) con riferimento al ricorso per annullamento espressamente prevede che: *“Se il ricorso è fondato, la Corte di Giustizia dell'Unione europea dichiara nullo e non avvenuto l'atto impugnato. Tuttavia la Corte, ove lo reputi necessario precisa gli effetti dell'atto annullato che devono essere considerati definitivi”*.

⁶ Sulla genesi della norma e sulla sua portata si rinvia sin da ora a G. PARODI, *Gli effetti temporali delle sentenze di annullamento e di invalidità della Corte di giustizia delle comunità europee*, in *Quaderni regionali*, 2007, 319 ss.; L. CAPPUCCIO, G. MARTINICO, *Disciplina e modulazione degli effetti delle decisioni della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in D. BUTTURINI, M. NICOLINI,

Ci si sofferma, pertanto, sull'evoluzione che la disposizione autorizzativa ha avuto nel tempo, attraverso lo studio delle pronunce con le quali la Corte ha progressivamente esteso l'uso della tecnica relativamente al novero di atti al cui annullamento la stessa è applicabile e al successivo recepimento di tali arresti giurisprudenziali da parte del trattato di Lisbona. Fino all'analisi delle conseguenze derivanti dal riconoscimento, in via esclusivamente giurisprudenziale, della sua utilizzabilità anche in materia di effetti temporali delle sentenze interpretative rese nei giudizi di rinvio pregiudiziale sia di interpretazione che di validità.

Infine, si analizzano i rapporti tra l'uso della tecnica modulatoria all'interno degli ordinamenti nazionali degli Stati membri e il rispetto del primato del diritto comunitario. Si esamina se e in che misura la tecnica possa essere utilizzata, non solo quando attraverso la sua applicazione sia reso possibile il rispetto del diritto dell'UE, ma anche quando, al contrario, si risolva in una sua palese violazione. La questione ha, infatti, un carattere trasversale che ne suggerisce la trattazione in questa sede, venendo in rilievo in tutti gli ordinamenti dei Paesi membri che conoscono la tecnica modulatoria.

Brevi cenni saranno poi dedicati nella parte conclusiva del capitolo all'esame del potere modulatorio da parte dell'altro importante organo giurisdizionale europeo, la Corte europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, allo scopo di completare il quadro dell'esame del fenomeno analizzato nel contesto sovranazionale.

Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità. Percorsi di diritto costituzionale interno e comparato, Napoli, ESI, 277 ss.; A. CERRI, *Pronunce ad efficacia differita della Corte di giustizia delle Comunità europee e nostro ordinamento*, in *Giur. It.*, 1988, I Sez. II, 281 ss.; A. NOCERINO GRISOTTI, *Effetti ex nunc dell'annullamento di atti comunitari e principi dell'ordinamento italiano. (Nota a T. Venezia, 29 gennaio 1987, Soc. Fragd c. Min. fin.)*, in *Dir. com. scambi internaz.* 1988, 421; L. DANIELE, *Costituzione italiana ed efficacia nel tempo delle sentenze della Corte di giustizia comunitaria*, in *Foro it.*, 1990, I, cc. 1855 ss.; G.M. UBERTAZZI, *Gli effetti ratione temporis delle sentenze pregiudiziali in materia di validità degli atti comunitari*, in *Dir. com. scambi internaz.* 1985, 75; P. CASSIA, *La modulation dans le temps des effets d'une annulation et le droit communautaire*, in *AJDA*, n° 19, 2005, 1025; H. LABAYLE, *La Cour de justice des Communautés européennes et la modulation des effets de sa jurisprudence: autre lieux ou autres mœurs?*, in *RFDA*, 2004, 663; L. PLOUVIER, *Les décisions de la CJCE et leurs effets juridiques*, Bruxelles, 1975; P. LE MIRE, *La limitation dans le temps des effets des arrêts de la CJUE*, in *Mélanges en l'honneur de René Chapus*, 367; E. PAULIS, *Les effets des arrêts d'annulation de la Cour de Justice des Communautés européennes*, in *Cah. dr. eur.*, 1987, 243; P. CRAIG, *Eu Administrative Law*, Oxford, 2006, 757-758; T.C. HARTLEY, *The foundations of European Union Law*, Oxford, 2010, 437; M. LANG, *Limitation of temporal effects of CJEU judgments: mission impossible for governments of EU member states*, in P. POPELIER, *The effects of judicial decisions in time*, Intersentia, Antwerp-Cambridge, 2014, 247.

2. *L'azione di annullamento degli atti comunitari: caratteri e funzioni.*

Nell'articolato sistema di tutela giurisdizionale previsto nell'ordinamento dell'Unione europea il rimedio volto a sindacare in via diretta la legittimità di un atto adottato dalle Istituzioni, organi o organismi comunitari, affetto da un vizio di legittimità⁷, al fine di ottenerne la rimozione dal sistema giuridico è rappresentato dal ricorso per annullamento, normativamente disciplinato dall'attuale articolo 263 TFUE, come riformato dal trattato di Lisbona⁸.

Il ricorso costituisce uno degli strumenti concessi dal sistema di tutela giurisdizionale comunitario al fine di far venir meno la presunzione di legittimità da cui risultano assistiti tutti gli atti adottati dagli organi e organismi di cui si compone l'apparato burocratico dell'UE⁹, sempre che la relativa azione sia esperita entro un termine decadenziale normativamente prestabilito. Anche nell'ordinamento comunitario, infatti, l'esigenza di conciliare la garanzia di sicurezza giuridica

⁷ Nell'ordinamento comunitario, come in quello di molti Stati membri, la sindacabilità dei profili di legittimità di un atto amministrativo è scrutinabile da parte del giudice solo attraverso il prisma di determinati vizi individuati a priori dallo stesso TFUE e si identificano nella: incompetenza, violazione di forme sostanziali, violazione di regole di diritto e travisamento di potere. Nonostante l'evidente analogia con le omologhe figure previste nell'ordinamento francese e la chiara equipollenza con i motivi di ricorso tipici delle impugnative dei provvedimenti amministrativi negli Stati membri, anche rispetto all'elaborazione della categoria dei vizi di legittimità dell'atto amministrativo comunitario la giurisprudenza ha esercitato un'ampia discrezionalità, contribuendo ad attribuire a tali figure una connotazione originale. Per un esame del contenuto e dell'ambito di operatività degli stessi si rinvia a B. G. MATTARELLA, *Procedimenti e atti amministrativi*, in M. CHITI (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2013, 364; G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, 2013, 238 ss.; G. FALCON, *La tutela giurisdizionale*, in E. CHITI, GRECO, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, tomo II, Milano, 2007, 712; C. CURTI GIALDINO, *I vizi dell'atto nel giudizio davanti alla corte di giustizia dell'Unione europea*, Milano, 2008.

⁸ Sul ricorso per l'impugnazione degli atti dell'Unione si rimanda, tra gli altri, a M. CHITI, *La tutela Giurisdizionale*, in M. CHITI (a cura di) *Diritto amministrativo europeo*, cit., 413 ss.; G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione europea*, cit., 310; G. FALCON, *La tutela giurisdizionale*, cit., 710; B. MARCHETTI, *L'impugnazione degli atti normativi da parte dei privati nell'articolo 263 TFUE*, in *Riv. trim. dir. pubb. comunit.*, 2010, 1471; ID, *Il sistema integrato di tutela*, in L. DE LUCIA, B. MARCHETTI (a cura di), *L'amministrazione europea e le sue regole*, Bologna, 2015, 197; G. GAIA, A. ADINOLFI, *Introduzione al diritto dell'Unione Europea*, Roma-Bari, 2010, 82 ss.; M. CONDINANZI, R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione Europea*, Torino, 2009, 132 ss.; P. MANZINI, *Ricorso di annullamento: riforma e controriforma*, in *Dir. Unione europea*, 2002, 717 ss.; B. NASCIMBENE, L. DANIELE (sotto la direzione di), *Il ricorso di annullamento nel Trattato istitutivo della Comunità europea*, Milano, 1998; F. DONNAT, *Contentieux communautaire de l'annulation*, Paris, 2008; D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, Paris, 2001, 507; ID, F. MARIATTE, D. RITLENG, *Contentieux de l'Union Européenne/I. Annulation, Exception d'illégalité*, Paris, 2010.

⁹ Come accade nei sistemi nazionali degli stati membri, anche in quello comunitario vige il principio per cui i provvedimenti emanati si presumono validi sino a quando non siano stati annullati in via giurisdizionale o revocati dall'amministrazione che li ha emanati. In tal senso CGUE, 26 febbraio 1987, C-15/85, *Consorzio Cooperativo d'Abruzzo*, in *Racc.*, 1005.

derivante dalla stabilità del provvedimento amministrativo e quella di contendibilità e giustiziabilità delle posizioni giuridiche soggettive coinvolte e pregiudicate dall'atto ha indotto il legislatore comunitario a fissare un termine decadenziale entro e non oltre il quale la legittimità degli atti adottati dalle Istituzioni comunitarie è suscettibile di essere messa in discussione¹⁰.

Nonostante la sua evidente ispirazione al rimedio giurisdizionale del *recours pour excès de pouvoir*, con il quale condivide la natura di contenzioso oggettivo teso al ripristino della legalità violata da parte dei propri organi e istituzioni, il ricorso per annullamento presenta elementi originali che valgono a differenziarlo dall'omologo rimedio francese, rendendolo un *unicum* nel panorama dei rimedi giurisdizionali contro gli atti amministrativi illegittimi¹¹.

Il riferimento è alle più restrittive condizioni di ricevibilità¹², nella cui valutazione la Corte europea tiene in considerazione, in determinati casi, l'interesse

¹⁰ Nel caso di specie, il termine previsto dall'art. 263, comma 6 TFUE è fissato in due mesi decorrenti dalla data di pubblicazione dell'atto o dalla sua notificazione al ricorrente, in mancanza sopprime anche qui il criterio della effettiva conoscenza. La scadenza di tale termine senza l'esperimento dell'azione determina l'inoppugnabilità dell'atto, con conseguente preclusione per i soggetti legittimati a farne valere l'illegittimità con qualsiasi altra forma ordinariamente disponibile. Inoltre l'inoppugnabilità genera conseguenze anche sul piano nazionale avendo la Corte di giustizia stabilito che la legittimità di un regolamento che riguardi direttamente e individualmente dei soggetti non può essere messa in discussione dinanzi al giudice nazionale se lo stesso è divenuto definitivo nei confronti di un singolo per mancato esperimento dell'azione di impugnazione diretta ex 230 TFUE. CGUE, 15 febbraio 2011, C.-239/99, *Nachi Europe*, in *Racc.*, I-1197. Resta salva, ad ogni modo, l'impugnabilità, nonostante la scadenza del termine decadenziale previsto, degli atti comunitari nulli o inesistenti categoria che, tuttavia, occupa uno spazio del tutto residuo e marginale nel sistema comunitario, concernendo i casi più gravi di assoluta non riconducibilità dell'atto al paradigma legale di riferimento. Sulla categoria della inesistenza degli atti comunitari si rinvia a R. CARANTA, *L'inesistenza dell'atto amministrativo*, Milano, 1990; M. CH. BERGERES, *La théorie de l'inexistence en droit communautaire*, in *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1986, 393. In giurisprudenza CGUE, 26 febbraio 1987, C-15/85, *Consorzio Cooperativo d'Abruzzo*, in *Racc.*, 1005.

¹¹ Sulla derivazione dell'azione di annullamento comunitaria dal rimedio francese del *recours pour excès de pouvoir* si veda, tra gli altri, S. TORRICELLI, *L'uropeizzazione del diritto amministrativo*, op. cit., 278 il quale evidenzia come "la tradizione giuridica francese ha contribuito alla formazione del diritto amministrativo europeo soprattutto in relazione al sistema di tutela giurisdizionale e al "trapianto" di istituti propri del diritto amministrativo nazionale in sede europea" tra cui "la struttura organizzativa della Corte di giustizia fondata sul modello del Conseil d'État francese e i poteri del giudice, in particolare quello di annullamento" ciò è dipeso, in primo luogo, dal maggior peso economico e politico che il paese aveva tra i membri originari delle Comunità europee; sul piano giuridico dalla circostanza di essere il sistema giuridico con maggiore tradizione nel campo del diritto amministrativo.

¹² Sulle condizioni di ricevibilità del ricorso per annullamento e sulla portata dell'interesse ad agire si rinvia a M CANEDO, *L'intérêt à agir dans le recours en annulation du droit communautaire*, in *Rev. Trim. dr. eur.*, 2000, n° 3, 451; M. FROMONT, *L'influence du droit français et du droit allemand sur les conditions de recevabilité du recours en annulation devant la CJUE*, in *Rev. Trim. dr. eur.*; C. SOULARD, *Recours en annulation: conditions de recevabilité*, in *Juris-Classer Europe*, 2011. Con specifico riferimento alla legittimazione dei ricorrenti non privilegiati, oggetto di maggiore dibattito in

ad agire del ricorrente in relazione ai motivi sollevati, oltre che alla natura di rimedio residuale con cui è sempre stato tradizionalmente considerato nel sistema della tutela giurisdizionale comunitaria¹³. Entrambi criteri incompatibili con una natura esclusivamente oggettiva del rimedio - che in quanto tale dovrebbe atteggiarsi a strumento generale con il più ampio accesso possibile alla sua esperibilità - ma che valgono ad attribuire a tale ricorso elementi di soggettivizzazione, per alcuni frutto dell'influenza di altre esperienze europee¹⁴.

A differenza dei tradizionali sistemi di sindacato di legittimità degli atti amministrativi vigenti negli Stati membri, infatti, il Trattato, nel valutare le condizioni di ricevibilità del ricorso, opera una distinzione tra due principali tipologie di ricorrenti: ricorrenti istituzionali o privilegiati e ricorrenti ordinari o non privilegiati¹⁵. Rispetto alla prima categoria, cui appartengono Stati membri e Istituzioni comunitarie, la ricevibilità del ricorso non è subordinata alla dimostrazione di uno specifico e personale interesse ad agire, né di un particolare legame con l'atto impugnato. La stessa discende implicitamente dalla posizione istituzionale rivestita, mirando al mero ripristino della legalità violata

dottrina, si veda C. AMALFITANO, *La protezione giurisdizionale dei ricorrenti non privilegiati nel sistema comunitario*, in *Dir. Un. Eur.*, 2003, 13 ss.; A. SAGGIO, *Appunti sulla ricevibilità dei ricorsi d'annullamento proposti da persone fisiche o giuridiche in base all'art. 173, quarto comma del Trattato Ce*, in *Riv. dir. eur.*, 1997, 401 ss.; P. NIHOUL, *La recevabilité des recours en annulation introduits par un particulier à l'encontre d'un acte communautaire de portée générale*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1994, 171; F.G. JACOBS, *Effective judicial protection in the European Union, now and in the future*, in *Dir. Un. Eur.*, 2002, 203.

¹³ I dati statistici mostrano come il ricorso per annullamento non costituisca il rimedio più praticato nell'ambito del sistema della tutela giurisdizionale apprestata dall'Unione europea, ma come nel tempo tale strumento abbia ceduto di gran lunga spazio al rimedio della tutela indiretta del rinvio pregiudiziale, sia di validità che di interpretazione. Nel 2014, su un totale di 622 domande proposte alla CGUE, 111 hanno riguardato impugnazioni di atti comunitari per asserito contrasto con la normativa UE, mentre 428 sono stati i rinvii pregiudiziali. Dati tratti dalla *Relazione annuale 2014. Curia. Corte di Giustizia dell'Unione europea*, reperibile sul sito www.curia.europa.eu, Lussemburgo, 2015, 95.

¹⁴ In tal senso E. PETERSEN, *L'influence possible du droit anglais sur le recours en annulation auprès de la Cour de justice des Communautés européennes*, in *TRD eur.*, 1966, n° 2, 256; S. TORRICELLI, *op. cit.*, 278, per l'influenza esercitata sul diritto amministrativo europeo anche dalla tradizione giuridica tedesca che, per tradizione, è improntata ad un sistema di tutela giurisdizionale marcatamente soggettivo.

¹⁵ Tra le due categorie principali di ricorrenti il TFUE prevede poi una categoria intermedia di ricorrenti c.d. semiprivilegiati, tra cui rientra la Banca centrale europea e la Corte dei Conti europea che sono titolari di una legittimazione processuale limitata alla salvaguardia delle proprie prerogative.

indipendentemente dall'accertamento di un pregiudizio soggettivo arrecato. In questo caso la natura oggettiva della forma di giurisdizione esercitata è evidente¹⁶.

Diversamente, quando a esperire un ricorso per annullamento è un ricorrente non privilegiato - categoria nella quale rientra ogni persona fisica o giuridica residente in uno Stato membri - ai fini della ricevibilità del ricorso proposto il TFUE richiede, non solo una precisa legittimazione ad agire che discende normalmente dalla posizione di destinatario diretto dell'atto o, se l'atto è indirizzato a terzi, dalla circostanza che lo stesso lo concerna "direttamente e individualmente"¹⁷, ma anche la dimostrazione della sussistenza di uno specifico interesse a ottenere l'annullamento dello stesso. Tale condizione è però liberamente e ampiamente interpretata dalla giurisprudenza comunitaria che ritiene sufficiente, a tal fine, un qualsiasi beneficio derivante dalla eliminazione dell'atto anticomunitario alla situazione soggettiva del ricorrente ma, in ogni caso, è sintomatica di un elemento di soggettivizzazione del rimedio.

La questione della legittimazione processuale e dell'interesse ad agire, quali condizioni di procedibilità dell'azione di annullamento è, quindi, in qualche modo connessa, nell'ordinamento comunitario, a quella della nozione di atto impugnabile¹⁸. Nella sua formulazione originaria, antecedente all'entrata in vigore

¹⁶ Sulla legittimazione generale dei ricorrenti privilegiati si veda CGUE, 20 marzo 1985, C- 41/83, *Italia/Commissione*, in www.curia.europa.eu.

¹⁷ Sul significato e la portata del concetto di "atto che lo riguardi direttamente ed individualmente" si rinvia a G. BERTEZZOLO, *L'essere "direttamente ed individualmente riguardato" quale requisito di legittimazione nella giurisprudenza della Corte di giustizia e del Tribunale di I grado*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.* 2004, 383; P. CASSIA, *L'accès des personnes physique au morales au juge de la légalité des actes communautaires*, Paris, 2002; H. LEGAL, *L'accès des particuliers au prétoire communautaire*, in *Mélanges Léger*, Paris, 2006, 217; J.C. MOITINHO, DE ALMEIDA, *Le recours en annulation des particuliers: nouvelles réflexions sur l'expression « la concernant.. individuellement»*, in *Mélanges Everling*, Baden-Baden, 1995, 849; A. BARAV, *Direct and Individual Concern: an almost insurmountable barrier to the admissibility of individual appeal to the EEC Court*, in *Common Market Law Rev.*, 1974, 191. In giurisprudenza la prima sentenza con la quale la CGUE ha enunciato tale ulteriore requisito di legittimazione processuale per le persone fisiche e morali è CGUE, 15 luglio 1963, C- 25/62, *Plaumann c/ Commissione*, in *Racc.*, 195. Secondo quanto chiarito dalla giurisprudenza, in sostanza, "il ricorrente deve dimostrare che la lesione lamentata è riconducibile proprio all'atto impugnato (direttamente) e che la sua posizione rispetto allo stesso lo differenzia dalla generalità indentificandolo in modo simile al destinatario (individualmente)" in tal senso G. BERTEZZOLO, *La stabilità del provvedimento: l'esperienza comunitaria*, in G. FALCON, D. DE PRETIS (a cura di), *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo nella prospettiva comparata*, Milano, 2011.

¹⁸ A seguito delle innovazioni introdotte dal Trattato di Lisbona gli atti impugnabili oggi sono: gli atti legislativi e gli atti del Consiglio, della Commissione e della BCE - con la sola esclusione delle raccomandazioni e pareri - oltre che gli atti del Parlamento, del Consiglio europeo, degli organi ed organismi dell'Unione destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi. Sulla nozione di atto

del Trattato di Lisbona, i ricorrenti non privilegiati erano legittimati ad impugnare le “decisioni” loro dirette e gli atti che, pur essendo rivolti ad altri o avendo carattere generale, li riguardavano individualmente e direttamente.

La nuova formulazione dell’articolo, recependo la giurisprudenza formatasi sul punto¹⁹ e le sollecitazioni della dottrina²⁰, ha ampliato la nozione di atto impugnabile estendendola a tutti gli “atti” ed eliminando ogni riferimento a una specifica categoria. Inoltre, ha eliminato rispetto all’impugnazione degli atti regolamentari il requisito dell’interesse individuale che, sul piano pratico, si traduceva in una sorta di *probatio diabolica* incompatibile con il principio di effettività della tutela giudiziale²¹.

Ciò dimostra come nell’ordinamento comunitario ciò che rileva ai fini della individuazione degli atti oggetto di impugnativa non è tanto la natura formale dell’atto, quanto il suo contenuto sostanziale, e la natura della situazione individuale vantata dal singolo ricorrente. Nulla esclude, in astratto, l’impugnabilità in sede di azione di annullamento di atti di portata generale, purché il ricorrente riesca a fornire in giudizio la dimostrazione che lo stesso lo riguardi individualmente e direttamente. Regole generali valgono invece per l’impugnativa dei regolamenti per i quali oggi non è più richiesta, come in passato, la prova a carico del ricorrente che l’atto regolamentare lo riguardi individualmente e direttamente, essendo sufficiente che sia

impugnabile nel sistema della tutela giurisdizionale comunitaria si rinvia a S. AMADEO, *La nozione di atto impugnabile ai sensi dell’art. 173 del Trattato CE*, in B. NASCIBENE, L. DANIELE (sotto la direzione di), *Il ricorso di annullamento nel Trattato istitutivo della Comunità europea*, cit., 141 ss.; M. CONDINANZI, R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell’Unione Europea*, cit., 99 ss.; G. FALCON, *La tutela giurisdizionale*, cit., 713; M. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, cit., 416, par. 2.3; G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI, *I principi dell’amministrazione europea*, 311; P. CRAIG, *EU Administrative Law*, Oxford, 2012, 267.

¹⁹ I giudici comunitari hanno sempre adottato un approccio sostanzialistico rispetto all’individuazione della categoria degli atti comunitari suscettibili di impugnazione diretta, facendovi rientrare, al di là del *nomen iuris*, qualsiasi atto delle istituzioni, anche atipico, purché definitivo (con conseguente esclusione degli atti preparatori o endoprocedimentali), produttivo di effetti obbligatori verso terzi e potenzialmente lesivi dei loro interessi. Si veda in tal senso, CGUE, 18 maggio 1994, C-69/89, *Codorniu*, in *Racc.*, 195; CGUE 23 aprile 2009, C-362/06, *Sahlstedt*, in *Racc.*, 2903.

²⁰ Si vedano in tal senso le conclusioni rassegnate dall’avvocato generale Jacobs il 22 marzo 2002, causa C-50/00, *Unión de Pequeños Agricultores c/ Consiglio*, § 102, n. 4 in *Giur. it.*, 2003, 1463, con nota di R. CARANTA, *I limiti alla legittimazione ad impugnare atti comunitari generali*.

²¹ In sostanza la nuova formulazione della norma del Trattato consente la diretta impugnabilità anche dei provvedimenti lesivi di natura generale, quali i regolamenti, a condizione però che il ricorrente abbia un interesse diretto e concreto all’annullamento. Deve cioè trattarsi di regolamenti che contengano anche disposizioni-provvedimento o “fasci di decisioni individuali” idonei ad incidere in maniera certa ed attuale sulla sua sfera giuridica limitando i suoi diritti o imponendogli degli obblighi. In tal senso M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, cit, 424.

soddisfatta la sola condizione che la sua attuazione non richieda misure di esecuzione.

3. *La sentenza di annullamento dell'atto comunitario illegittimo: tra natura costitutiva, efficacia erga omnes e portata retroattiva degli effetti.*

Sono essenzialmente tre gli elementi che valgono a caratterizzare la sentenza di annullamento resa dalla Corte di giustizia in accoglimento di un ricorso per annullamento: l'autorità assoluta di cosa giudicata *erga omnes*, la portata retroattiva degli effetti dalla stessa prodotta e la sua natura di pronuncia costitutiva.

Relativamente al primo aspetto va evidenziato come la sentenza con la quale la Corte di giustizia, dopo aver accertato la contrarietà dell'atto impugnato rispetto all'ordinamento UE sulla scorta dei motivi di ricorso sollevati o di quelli rilevabili d'ufficio, pronuncia il suo annullamento produce i suoi effetti non solo limitatamente alle parti della controversia esaminata ma rispetto a tutti i *justiciables*, impedendo che la medesima questione di diritto regolata dalla sentenza sia nuovamente sottoposta allo stesso giudice che l'ha esaminata. Diversamente da quanto, invece, accade ove la dichiarazione di invalidità dell'atto consegua a un rinvio pregiudiziale di validità *ex art. 267 TFUE*²² o nell'ipotesi di constatazione della mera inapplicabilità dell'atto ai sensi dell'art. 277 TFUE²³.

Tale principio, oltre ad essere implicitamente desumibile dall'art. 264 comma 1 del TFUE nella parte in cui dispone che "*se il ricorso è fondato la Corte dichiara nullo e non avvenuto l'atto contestato*", è stato espressamente ribadito dalla stessa

²² In realtà la CGUE tende ad assimilare, sotto il profilo della portata *erga omnes*, la sentenza che dichiara l'invalidità di un atto comunitario, a seguito della proposizione di un rinvio pregiudiziale di validità, alla sentenza di annullamento dell'atto comunitario illegittimo. Infatti, pur non estendendo alla sentenza di invalidità resa su rinvio pregiudiziale il pieno effetto *erga omnes* proprio di una sentenza di annullamento, la Corte attribuisce comunque a questo tipo di pronuncia una portata generale o un effetto "quasi" *erga omnes* autorizzando tutti gli altri giudici diversi dal remittente a considerare quest'atto come non valido ai fini delle decisioni nelle quali la sua applicazione venga in rilievo, pur non essendo loro sottratta la facoltà di riproporre nuovamente la questione sulla validità di quell'atto ove vi sia interesse a sollevarla nuovamente. Si veda CGUE, 13 maggio 1981, C- 66/80, *SpA International Chemical Corporation c/ Amministrazione delle finanze dello Stato*, in *Racc.*, 1981, 1191. Ma il punto è che dopo la pronuncia della Corte resa in via pregiudiziale le Istituzioni provvedono ovviamente alla rimozione dell'atto o alla sua modifica così da renderlo compatibile con l'ordinamento.

²³ Sull'eccezione di illegittimità degli atti comunitari si rinvia a B. MARCHETTI, *L'eccezione di illegittimità del provvedimento amministrativo. Un'indagine comparata*, Trento, 1996, 123 ss.

Corte. In più occasioni essa ha avuto modo di confermare come tale autorità si estende non solo al dispositivo della sentenza, ma anche alle motivazioni di diritto sulla cui base l'annullamento è stato pronunciato, e costituisce una questione di ordine pubblico, sollevabile anche d'ufficio dalla Corte, nell'ipotesi in cui la medesima questione dovesse esserle riproposta, anche se da parti differenti, con conseguente dichiarazione di "non luogo a provvedere" per irricevibilità del ricorso²⁴.

L'autorità assoluta di cosa giudicata che si ricollega alla sentenza di annullamento pronunciata dalla Corte di giustizia costituisce un diretto precipitato della natura oggettiva del ricorso esaminato. L'annullamento dell'atto contrario al diritto comunitario, infatti, è pronunciato dalla Corte nell'interesse generale della legalità ed è finalizzato in via prioritaria a ristabilire nell'ordinamento il rispetto del diritto comunitario. In quest'ottica, la rimozione dell'atto illegittimo dal sistema non può che risolversi in un beneficio per tutti gli amministrati e non esclusivamente del ricorrente che ne ha fatto valere l'illegittimità.

Dibattuta è poi la questione relativa alla natura giuridica dell'azione per annullamento.

Secondo l'orientamento prevalente che ascrive la sentenza di annullamento comunitaria tra le pronunce costitutive, la qualificazione come *nullo e non avvenuto* dell'atto impugnato a seguito dell'accoglimento del ricorso da parte della stessa norma del trattato che disciplina l'azione di annullamento - al di là di ogni possibile confusione che potrebbe in apparenza generare - vale ad attribuire alla sentenza di annullamento resa dalla Corte di giustizia la natura di pronuncia costitutiva²⁵. Non è

²⁴ Si veda principalmente CGUE, 21 dicembre 1954, *France/Haute Autorité*, C. 1/54, in *Rec.*, 7, concl., Lagrange, CGUE, *Italia/Alta Autorità*, aff. 2/54, in *Rec.*, 73; CGUE, 11 febbraio 1955, *Assider/Alta Autorità*, C. 3/54, in *Rec.*, 123, concl. Lagrange; CGUE, 14 settembre 1999, *Commissione/AssiDoman Kraft Products e.a.*, C-372/97, in *Rec.*, I-3679, conc. Alber. Diversamente la sentenza di rigetto di un ricorso per annullamento della CGUE è dotata di una mera efficacia relativa di cosa giudicata che impedisce esclusivamente che dinanzi alla Corte sia portata dalle stesse parti una questione vertente sul medesimo oggetto e sulla base degli stessi motivi già sollevati. Inoltre qualora l'atto annullato abbia carattere individuale, l'autorità di cosa giudicata riguarda le sole parti in causa, le sole questioni di fatto e di diritto effettivamente decise dalla sentenza e i soli motivi di diritto dedotti, non anche quelli deducibili ma non fatti valere che, quindi, potranno essere riproposti. Si veda in proposito CGUE, 19 febbraio 1991, C-281/89, *Italia c/Commissione*, in *Racc.*, I, 347.

²⁵ M. P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, cit., 430 il quale evidenzia come "trattasi invero di un effetto di annullamento, più che di nullità, conforme al carattere costitutivo dell'azione di annullamento"; in senso analogo A. TIZZANO, *La Corte di giustizia delle Comunità europee*, Napoli, 1967, 458, il quale sottolinea come nonostante la dizione letterale della norma, con la pronuncia di

discutibile, infatti, che giuridicamente l'atto nullo è da considerare come mai intervenuto, improduttivo di effetti giuridici *ab origine* e che, quindi, sotto tale profilo, la sentenza con la quale tale nullità viene rilevata avrebbe una portata prettamente dichiarativa limitandosi, di fatto, ad acclarare una situazione già esistente. Va, tuttavia, considerato che durante la sua esistenza di fatto quell'atto ha prodotto effetti, sia pur solo materiali che, in quanto contrari al diritto, vanno necessariamente eliminati. Sotto questo aspetto, la sentenza di annullamento "costituisce" una situazione giuridica inesistente, in quanto crea nuovi rapporti di diritto che hanno ad oggetto la liquidazione di quelli passati²⁶. Inoltre, nonostante la lettera della norma che definisce l'atto comunitario dichiarato illegittimo come "nullo", la dottrina maggioritaria è orientata verso l'indiscutibile riconducibilità del regime generale di invalidità degli atti comunitari alla categoria dell'annullabilità. Militano in tal senso la disciplina giuridica dettata per l'azione volta a farla valere, che è chiaramente strutturata sul modello di un'azione costitutiva di annullamento. Si pensi al termine decadenziale entro il quale l'azione può essere esperita, alla ristretta legittimazione ad agire, alla possibilità di impugnare l'atto adottato dalle Istituzioni comunitarie solo attraverso la contestazione di un numero ristretto di vizi espressamente indicati dalla norma del Trattato, agli effetti retroattivi prodotti dalla pronuncia²⁷.

Secondo un diverso orientamento, più legato al dato letterale della norma, la sentenza in oggetto, limitandosi ad acclarare una situazione giuridica già esistente ovvero la nullità *ab origine* dell'atto impugnato, avrebbe una natura meramente dichiarativa e la relativa azione volta a far dichiarare l'invalidità rientrerebbe nella categoria delle azioni di accertamento²⁸. In realtà, anche i sostenitori di questa diversa interpretazione giungono in ogni caso ad ammettere che la dichiaratività della

una sentenza di annullamento, non si ha una mera declaratoria di nullità dell'atto ma un accertamento costitutivo in quanto la sentenza interviene a modificare la situazione di diritto preesistente.

²⁶ Sulla natura costitutiva della sentenza di annullamento resa dalla CGUE si veda L. PLOUVIER, *Les décisions de la Cour de Justice des Communautés européennes et leurs effets juridiques*, Bruxelles, 1975, 96. Nel senso della sicura e non più discussa riconducibilità del regime generale di invalidità degli atti comunitari alla categoria dell'annullabilità si veda G. FALCON, *La tutela giurisdizionale*, cit., 712; R. CARANTA, *Giustizia amministrativa e diritto comunitario*, Napoli, 1992, 151.

²⁷ P. BIAVATI, F. CARPI, *Diritto processuale comunitario*, Milano, 1994, 19 che mettendo in primo piano l'effetto della sentenza ascrivono le azioni comunitarie volte a fare accertare giudizialmente l'invalidità alla giurisdizione di "annullamento".

²⁸ Si esprime per la riconducibilità dell'azione di annullamento UE nella categoria delle azioni di accertamento G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione europea*, cit., 315.

sentenza di accoglimento di un ricorso per annullamento è tale solo in linea di principio, essendo innegabile, per il dinamismo che la caratterizza, che essa crei nella sua concreta attuazione una nuova situazione di diritto²⁹.

3.1 Gli effetti della sentenza di annullamento: la portata retroattiva e i suoi temperamenti.

In linea di principio l'art. 264 TFUE stabilisce un inscindibile legame tra l'accertamento dell'illegittimità dell'atto comunitario impugnato e la dichiarazione di nullità del medesimo, che sembrerebbe essere stabilita come conseguenza automatica di tale constatazione.

Stando ad una rigorosa interpretazione letterale della norma, la Corte di giustizia, accertata l'illegalità dell'atto, non potrebbe che farne discendere come conseguenza automatica la dichiarazione che lo stesso è da considerarsi "*nullo e non avvenuto*". La conseguenza sarebbe, quindi, la rimozione automatica e retroattiva di tutti gli effetti che dall'atto sono scaturiti oltre che il travolgimento degli atti consequenziali adottati sulla sua base e il ristabilimento delle parti nella situazione anteriore all'adozione dell'atto illegittimo.

Anche alla sentenza di annullamento comunitaria si ricollegano, pertanto, i tradizionali effetti tipici propri delle sentenze di annullamento rese dai giudici nazionali negli ordinamenti interni degli Stati membri finora esaminati: un effetto caducatorio, uno ripristinatorio e uno conformativo³⁰, accompagnati dalla efficacia retroattiva dell'accertamento.

La regola della retroattività delle sentenze di annullamento rese dalla Corte di Giustizia, oltre a discendere dalla qualificazione normativa dell'atto contestato come "nullo e mai avvenuto", con un evidente riferimento all'esistenza di un vizio

²⁹ Si parla in proposito del c.d. paradosso della retroattività cui si è già avuto modo di accennare analizzando la natura della sentenza di annullamento nel sistema francese del *recours pour excès de pouvoir*. In tal senso P. WEIL, *Le conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, Paris, 1952, 137.

³⁰ Mentre gli effetti caducatori e ripristinatori della sentenza di annullamento comunitaria sono fissati dall'art. 264 nella parte in cui stabilisce che "*Se il ricorso è fondato la Corte dichiara nullo e non avvenuto l'atto impugnato*", l'effetto conformativo si desume invece dall'art. 266 TFUE nella parte in cui prevede che "*l'istituzione, l'organo o l'organismo da cui emana l'atto annullato sono tenuti a prendere i provvedimenti che l'esecuzione della sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea comporta*".

originario dello stesso che postula la sua sparizione *ab origine* dall'ordinamento e l'annientamento di tutti gli effetti prodotti, è stata più volte ribadita dalla stessa Corte³¹.

Tuttavia, come avvenuto negli altri ordinamenti nazionali esaminati, anche l'ordinamento dell'UE conosce nell'applicazione pratica di tale rimedio giurisdizionale molteplici eccezioni e taluni meccanismi di attenuazione del binomio illegittimità – annullamento retroattivo dell'atto.

Uno degli strumenti frequentemente utilizzati dalla Corte è il ricorso alla tecnica dell'annullamento parziale e alla teoria della *défectabilité*. Si tratta di uno strumento che consente di limitare gli effetti della pronuncia di annullamento a una sola parte dell'atto impugnato. La Corte vi fa ricorso non solo nell'ipotesi in cui sia lo stesso ricorrente a limitare l'impugnativa a una o a determinate disposizioni dell'atto, ma anche d'ufficio, quando ritenga viziata solo alcune parti dell'atto impugnato. In tal caso, lo strumento può essere attivato nel rispetto di determinate condizioni, tra cui la scindibilità e separabilità delle disposizioni contenute nell'atto, di modo tale che la rimozione dell'una preservi la validità ed efficacia delle altre e contestualmente non determini una modifica del contenuto sostanziale dell'atto medesimo. L'utilizzazione della tecnica è frequente nei casi di denunciate violazioni del diritto alla concorrenza, ogni qual volta la contestazione del singolo operatore economico riguardi singole clausole o condizioni lasciando integri gli effetti favorevoli da questo prodotti nei confronti di tutti gli altri operatori economici interessati³².

Altro strumento per evitare annullamenti manifestamente eccessivi è il ricorso alla compensazione dell'annullamento con il riconoscimento di un diritto alla

³¹ CGUE, 1 giugno 2006, aff. C-442/03 e C- 471/03, *P & O European Ferries e Diputaciòn Foral de Vizcaya c/Commissione*, in *Racc.*, I, 4845, punto 43; CGUE, 12 febbraio 2008, aff. C-199/06, *CELF e Ministro della Cultura e della Comunicazione*, in *Racc. CGUE*, I, 469, punto 61; CGUE, 11 marzo 2010, *CELF e Ministro della Cultura e della Comunicazione*, punto 26.

³² Si veda il caso CGUE, 23 ottobre 1974, aff. 17/74, *Transocean Marine Paint Association/Commissione*, in *Racc. CJUE*, I, 5363. In tale fattispecie il ricorrente intendeva ottenere il solo annullamento delle condizioni più restrittive imposte dalla Commissione al rinnovo di un'esenzione di cui beneficiava. La Corte accertava che una di queste condizioni era stata imposta dalla Commissione all'esito di una procedura irregolare, per cui decideva di annullare la decisione solo nella parte in cui prevedeva quest'unica condizione, in considerazione della circostanza che per la restante parte si trattava di una decisione favorevole agli interessi delle imprese coinvolte. In senso analogo CGUE, 10 dicembre 2002, aff. C-29/99, *Commissione/Consiglio*, in *Racc. CJUE*, I, 11221, punti 45-47.

riparazione a favore del ricorrente leso. Si tratta della tecnica utilizzata dalla Corte a fronte di ipotesi in cui la dichiarazione di nullità dell'atto non solo produrrebbe conseguenze sproporzionate, in considerazione dell'elevato numero di soggetti terzi che ne hanno tratto beneficio, ma costituirebbe, altresì, una sanzione eccessiva rispetto al tipo di irregolarità commessa dall'istituzione comunitaria.

In questi casi, che per lo più riguardano il contenzioso della funzione pubblica, la Corte rifiuta di far discendere dall'accertamento dell'illegittimità dell'atto la conseguente dichiarazione di nullità normativamente prevista ma, in luogo della stessa, fa nascere un diritto al pagamento di un indennizzo per il pregiudizio morale sofferto dal ricorrente, il cui ammontare può essere determinato d'ufficio dalla stessa Corte, e in maniera del tutto indipendente da un'espressa domanda di parte³³.

Tuttavia, la principale e più evidente eccezione alla regola della retroattività dell'annullamento dell'atto comunitario è, senza dubbio, rappresentato dal potere normativamente riconosciuto alla Corte europea di modulare nel tempo gli effetti delle proprie sentenze di annullamento e di statuire, attraverso il conferimento alla stessa di un ampio potere discrezionale, quali effetti già prodotti dall'atto annullato debbano considerarsi come definitivi, in deroga all'effetto ripristinatorio naturalmente riconnesso alla portata retroattiva della pronuncia.

³³ Per un esame di casi pratici in cui la Corte ha fatto uso di tale tecnica compensatoria si rimanda a CGUE, 5 giugno 1980, *Oberthür c/Commissione*, in *Racc. CJCE*, 1743, punti 13-14. Trattasi di una fattispecie in cui il ricorrente domandava l'annullamento di una procedura di promozione contestando che il proprio rapporto, in quanto pervenuto in ritardo, non era stato sottoposto né al comitato di promozione né all'autorità investita del potere di nomina, in violazione di quanto stabilito dallo Statuto dei funzionari. Poiché l'amministrazione non era riuscita a fornire in giudizio la prova di aver comunque sottoposto al comitato per la valutazione elementi di valutazione alternativi al rapporto, la Corte constatava l'illegittimità della procedura di promozione tuttavia stimava l'annullamento della stessa una sanzione eccessivamente sproporzionata a fronte della violazione constatata. Pertanto, richiamando l'art. 91 par. 1 dello Statuto comunitario dei funzionari pubblici, che attribuisce alla Corte una competenza di piena giurisdizione, rinunciava ad irrogare la sanzione dell'annullamento dell'atto illegittimo, limitandosi a condannare d'ufficio l'amministrazione al pagamento di un indennizzo a favore del ricorrente per i danni morali sofferti a fronte dell'illegalità constatata. Si veda ancora sul punto CGUE, 14 luglio 1983, aff. 144/82, *Detti/Corte di giustizia*, in *Racc. CJCE*, 2421, punto 33 che invece riguardava un'ipotesi di annullabilità di atti di una procedura concorsuale già espletata, cui aveva fatto seguito anche la nomina dei vincitori, per un'illegittima esclusione di un candidato. In questa circostanza la Corte, richiamando i principi di proporzionalità e di protezione del legittimo affidamento, rinuncia a pronunciare l'annullamento della procedura concorsuale oltre che degli atti consequenziali di nomina in considerazione della natura dell'illegalità commessa e dell'interesse pubblico della continuità del servizio.

4. *Il potere di modulazione temporale degli effetti della sentenza di annullamento della Corte di giustizia europea: natura, portata e ambito di operatività.*

L'ordinamento comunitario conosce e pratica la tecnica della modulazione temporale da tempi molto più risalenti rispetto a quelli in cui lo strumento ha cominciato ad affermarsi negli ordinamenti nazionali degli Stati membri, con un'ulteriore e significativa distinzione consistente nella sussistenza di un fondamento normativo che legittima l'esercizio di tale potere.

In questo ordinamento sovranazionale, infatti, il potere modulatorio del giudice amministrativo non ha origine pretoria ma si fonda su un dato testuale, che ha consentito alla Corte di giustizia di sviluppare una giurisprudenza sul contenuto della norma, divenuta poi la base delle modifiche apportate alla disposizione per effetto del Trattato di Lisbona.

Già l'art. 174 comma 2 del Trattato di Roma – trattato istitutivo della CEE - attribuiva alla Corte di giustizia un ampio margine di manovra in relazione al contenzioso di annullamento degli atti comunitari illegittimi. La disposizione le consentiva, ove ritenuto necessario, di indicare gli effetti da considerarsi come definitivi, nonostante l'intervenuta caducazione dell'atto. Tuttavia, la norma non aveva una portata generale ma restringeva il campo di applicazione di questo potere modulatorio al solo contenzioso relativo agli atti regolamentari³⁴.

La *ratio* di tale delimitazione andava ricercata nella considerazione del carattere eccezionale e derogatorio della disposizione, oltre che nella natura normativa dei regolamenti. La portata generale e astratta delle disposizioni regolamentari e la conseguente attitudine del relativo annullamento a incidere negativamente sulla sfera giuridica di un numero indeterminato di destinatari, causando un vuoto giuridico nel sistema, spiegava la portata limitata della norma a questa sola categoria di atti comunitari.

³⁴ Nella sua originaria formulazione l'art. 174 TCEE espressamente prevedeva: “*Se il ricorso è fondato la Corte di giustizia dichiara nullo e non avvenuto l'atto impugnato. Tuttavia, per quanto concerne i regolamenti, La Corte di giustizia, precisa, ove lo reputi necessario, gli effetti dell'atto annullato che devono essere considerati definitivi*”.

Sin dalle prime applicazioni pratiche della disposizione, emerge come la Corte di giustizia faccia ricorso a tale potere discrezionale in presenza di “motivi di sicurezza giuridica”, invocando l’applicazione di un principio di carattere generale, inerente all’ordinamento giuridico comunitario.

Tale principio impone che ciascuna persona conosca preventivamente, in modo chiaro e preciso, le regole ad essa applicabili, onde poter legittimamente fare affidamento sulla certezza e stabilità delle stesse. In tal modo, la sua applicazione impedisce che l’annullamento di un atto - la cui illegittimità non dipenda da un comportamento ascrivibile al singolo - possa risolversi in pregiudizio della stabilità delle situazioni giuridiche originate dall’atto stesso e che sullo stesso si fondano. Attraverso il ricorso d’ufficio alla tecnica della modulazione temporale delle sentenze di annullamento di atti regolamentari, la Corte è intervenuta più volte a salvaguardare esigenze di certezza dei traffici giuridici evitando, al contempo, di compromettere i diritti eventualmente già acquisiti da terzi sotto la vigenza dell’atto normativo successivamente annullato³⁵.

Altra motivazione frequentemente addotta dalla Corte per giustificare il ricorso al potere di modulazione in tema di annullamento di atti regolamentari è l’esigenza di garantire “la continuità del servizio pubblico europeo”. Si tratta della motivazione posta a fondamento della prima applicazione della tecnica da parte della Corte, con specifico riferimento alla necessità di evitare ogni discontinuità e interruzione del regime delle retribuzioni dei funzionari europei³⁶, successivamente estesa anche alle ipotesi di annullamento del bilancio comunitario³⁷.

Il contenuto della disposizione citata è stato successivamente ripreso nella medesima formulazione dall’art. 231 del TCE – trattato istitutivo della Comunità europea – che ribadiva l’applicabilità del potere modulatorio al solo contenzioso di annullamento degli atti regolamentari.

³⁵ Per le prime pronunce nelle quali la Corte di giustizia ha fatto uso del potere modulatorio degli effetti della sentenza con la quale è stato disposto l’annullamento di un regolamento comunitario, motivando sulla scorta del principio di sicurezza giuridica e stabilità delle situazioni soggettive e relazioni giuridiche originate dall’atto annullato, si veda, tra le altre, CGCE, 27 marzo 1980, C-61/79, *Denkavit Italiana*, in *Racc.*, 1205; CGCE, *Société cooperative Providence agricole de Champagne c/ONIC*, C-4/79, in *Racc.*, 2853.

³⁶ CGUE, 5 giugno 1973, *Commissione c/Consiglio*, C - 81/72, in *Racc.*, 575, punto 15.

³⁷ CGUE, 3 luglio 1986, *Consiglio c/Parlamento*, C - 34/86, in *Racc.*, 2155, punto 48; CGUE, 31 marzo 1992, *Consiglio c/Parlamento*, C - 284/90, in *Racc.*, 2277, punto 37; CGUE, 7 dicembre 1995, *Consiglio c/Parlamento*, C - 41/95, in *Racc.*, 4411, punto 44.

Ben presto, tuttavia, la Corte di giustizia, nel fare applicazione pratica della norma e nell'esercitare in concreto il potere discrezionale di modulazione temporale, ne ha ampliato in via pretoria il campo di applicazione, estendendolo oltre i confini normativamente stabiliti.

In un primo momento, ricorrendo a un'interpretazione in chiave sostanzialistica della nozione di atto regolamentare, la Corte ha ammesso la possibilità di fare uso della tecnica modulatoria in relazione all'annullamento di un atto di adozione definitiva del bilancio comunitario. Si argomentava tanto sulla sua portata generale e, quindi, sull'astratta riconducibilità alla categoria dei regolamenti per i quali la norma del trattato ammette l'esercizio di tale potere, quanto sui problemi di certezza giuridica. La rimozione retroattiva dell'atto avrebbe, infatti, generato nel sistema comunitario gravi pregiudizi, tenuto conto dello stato di avanzamento dell'attuazione del bilancio e, conseguentemente, dei numerosi pagamenti ed esborsi monetari già sostenuti sulla sua base³⁸.

Successivamente la Corte ha esteso l'applicazione della modulazione all'ipotesi di annullamento di direttive comunitarie. In questo caso si è fatto leva sul contenuto normativo delle stesse ma anche su esigenze di certezza del diritto e su valori di merito riguardanti le singole fattispecie regolamentate dalla direttiva. In tali ipotesi, la Corte ha consentito di mantenere in vigore tutti gli effetti prodotti dalla direttiva annullata, fino al momento dell'adozione di una nuova direttiva, emendata dal vizio denunciato³⁹.

³⁸ CGUE, 3 luglio 1986, *Consiglio c/Parlamento*, C - 34/86, cit. " *La dichiarazione dell'invalidità del bilancio 1986 ha luogo in un momento in cui gran parte dell'esercizio 1986 è ormai trascorsa. Stando così le cose, la necessità di garantire la continuità del servizio pubblico europeo, nonché gravi motivi di certezza del diritto, analoghi a quelli che si presentano in caso di annullamento di taluni regolamenti, giustificano il fatto che la Corte eserciti il potere espressamente conferitole dall'art. 174, 2° comma, del trattato CEE per il caso di annullamento di un regolamento e precisi gli effetti del bilancio 1986 che vanno considerati definitivi. Viste le particolari circostanze del caso di specie, si deve statuire che l'annullamento dell'atto del presidente del Parlamento non pregiudica la validità dei pagamenti effettuati e degli impegni assunti in esecuzione del bilancio 1986 fino al giorno della pronuncia della presente sentenza*".

³⁹ Nel caso CGUE, 7 luglio 1992, C-295/90, *Parlamento c/Consiglio*, in *Racc.*, I-4193 veniva in rilievo l'illegittimità di una direttiva del Consiglio relativa al diritto di soggiorno degli studenti rispetto alla quale il Parlamento ricorrente denunciava l'erronea determinazione della base giuridica sulla base della quale era stata adottata. Riconoscendo l'effettivo vizio dedotto e disponendone pertanto l'annullamento, la Corte riteneva di poter accogliere la richiesta avanzata dalla parte resistente di modulare gli effetti della sentenza pronunciata facendo applicazione in via analogica dell'art. 231 comma 2 del TCE, pur essendo in presenza di una direttiva, affermando come "Al

Un passo ulteriore e decisivo nell'estensione del campo di operatività della norma si è poi registrato con l'adozione della tecnica modulatoria nel caso di annullamento di decisioni: atti per loro stessa natura privi di quel carattere generale e astratto proprio dei regolamenti e, soprattutto, connotati da un carattere individuale in quanto diretti a destinatari individuati o facilmente individuabili sin dal momento della loro adozione. Rispetto a tali atti la motivazione generalmente opposta dalla Corte per estendere la pratica della modulazione viene ravvisata nell'esistenza di rilevanti motivi di certezza del diritto, analoghi a quelli che si presentano in caso di annullamento di taluni regolamenti⁴⁰.

In sostanza, in tutti i casi affrontati in cui la Corte di giustizia applica il potere di modulazione al di là dei ristretti limiti normativi imposti dall'art. 231 tale estensione derogatoria della portata della norma viene giustificata evidenziando come la stessa, nonostante la sua dizione letterale, sia espressione di un principio più generale di sicurezza giuridica che ne autorizza l'applicazione al di fuori delle ipotesi espressamente previste⁴¹.

In alcuni casi, inoltre, l'interpretazione estensiva della norma da parte della giurisprudenza comunitaria si è mossa nella direzione di consentire di limitare non la portata retroattiva della pronuncia di annullamento, quanto piuttosto l'altro suo

riguardo va rilevato, in primo luogo, che il puro e semplice annullamento della direttiva impugnata potrebbe pregiudicare l'esercizio di un diritto garantito dal Trattato, vale a dire il diritto di soggiorno degli studenti al fine di conseguire una formazione professionale. Va anche preso in considerazione il fatto che, come risulta dalle informazioni fornite alla Corte da tutte le parti del procedimento, il contenuto normativo essenziale della direttiva non è messo in discussione né dalle istituzioni né dagli Stati membri". Per ulteriori applicazioni della tecnica della modulazione alla sentenza di annullamento di una direttiva si veda CGUE, 19 ottobre 1977, C-117/76 e C-16/77, *Rückwechsel*, in *Racc.*, 1753; CGUE, 19 ottobre 1977, C-124/76 e C-20/77, *Moulins et huileries de Pont-à-Mousson*, in *Racc.*, 1795; CGUE, 29 giugno 1988, C-300/86, *Van Landschott*, in *Racc.*, 3443.

⁴⁰ Si veda in proposito CGUE 12 maggio, 1998, C-106/96, *Regno Unito c/Commissione*, in *Racc.* I-2729 nella quale veniva contestata la legittimità di decisioni previste nel comunicato stampa della Commissione 23 gennaio 1996 (IP/96/67), con cui era stata annunciata la concessione di finanziamenti in favore di progetti europei contro l'esclusione sociale. La ricorrente denunciava un vizio di incompetenza sostenendo che la Commissione non sarebbe stata competente a impegnare le spese necessarie al finanziamento dei progetti previsti dal comunicato, vizio ritenuto dalla Corte effettivamente esistente, con conseguente annullamento della decisione oggetto di impugnazione. Poiché, tuttavia, l'annullamento della decisione di impegnare le spese connesse ai contratti controversi interveniva in un momento in cui la maggior parte, se non la totalità, dei relativi pagamenti era già stata effettuata, la Corte fa uso del potere di modulazione e statuisce che l'annullamento non pregiudica la validità dei pagamenti effettuati né degli impegni assunti in forza dei contratti controversi pronunciando, pertanto, un annullamento ad efficacia *ex nunc* e *pro futuro*.

⁴¹ Conclusioni dell'Avv. Generale G. TESAURO, in *Racc.*, I-1195, punto 20.

elemento caratterizzante, la sua efficacia *erga omnes*. Il caso emblematico è rappresentato dalla sentenza *Simmenthal* in cui la Corte ha stabilito che una decisione riguardante direttamente e individualmente il ricorrente, oltre che un numero determinato di imprese partecipanti ad una procedura di aggiudicazione, doveva essere annullata solo in relazione a questi, considerando che tale soluzione si imponeva per ragioni di sicurezza giuridica e del rispetto dei diritti acquisiti dagli altri partecipanti le cui offerte erano state accolte in virtù del prezzo minimo fissato dalla Commissione⁴².

Questa tendenza della Corte ad ampliare per via giurisprudenziale ad altre tipologie di atti comunitari non espressamente richiamati il campo di applicazione del potere modulare ha suscitato opinioni contrastanti in dottrina. Si è da più parti evidenziato come una norma attributiva di uno speciale potere di pronunciare annullamenti non retroattivi, o di preservare gli effetti di un regolamento annullato fino alla sua sostituzione con uno legittimo, abbia natura eccezionale e derogatoria, come tale non estendibile in via analogica. L'orientamento della Corte si è poi prestato a critiche da parte di coloro che, pur condividendone le esigenze sostanziali sottese, evidenziano l'impossibilità di modificare le norme processuali per via giurisprudenziale, pena il vanificarsi della certezza del diritto⁴³.

Molte di queste obiezioni hanno oggi perso di rilevanza in quanto, a seguito dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona, gli orientamenti applicativi della Corte in materia di modulazione temporale delle sentenze di annullamento sono stati recepiti a livello normativo attraverso una modifica sostanziale della norma⁴⁴.

Nella sua attuale formulazione, infatti, il comma 2 dell'art. 264 TFUE non contempla più alcun riferimento ai soli atti regolamentari ma, nel prevedere il potere della Corte di precisare gli effetti da considerarsi definitivi a seguito di una pronuncia di annullamento, parla genericamente di "atto annullato" di modo tale che la natura dell'atto oggetto di impugnazione non costituisce più, a livello normativo, un limite all'esercizio del potere modulatorio da parte della Corte.

⁴² CGUE, 6 marzo 1979, *Simmenthal*, in *Racc.*, 777.

⁴³ Si esprime in senso critico rispetto alla tendenza della Corte di giustizia ad ampliare per via pretoria il campo di applicazione della norma M. P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, cit., 431.

⁴⁴ Si tratta del Trattato ratificato con l. 2.8.2008 n. 130 ed entrato in vigore il 1.12.2009 con il quale sono state apportate significative modifiche alla disciplina dettata dall'ex Trattato Ce.

4.1 *L'applicazione del potere modulatorio al giudizio incidentale di validità.*

L'interpretazione estensiva della Corte nell'esercizio del potere di modulazione temporale degli effetti delle proprie sentenze di annullamento non ha riguardato esclusivamente l'area degli atti impugnati, ma anche la tipologia dei rimedi giurisdizionali nell'ambito dei quali tale potere speciale può in concreto essere esercitato.

E' in questo settore che l'uso della tecnica ha mostrato la sua maggiore problematicità. La circostanza che a livello comunitario l'esercizio del potere modulatorio possa contare su una previsione normativa che lo legittima ha, infatti, evitato molti di quei dibattiti in merito alla sua praticabilità che, al contrario, sono sorti nei sistemi nazionali che riconoscono tale potere solo a livello pretorio. Allo stesso tempo, la limitazione del suo uso per lo più ai conflitti interistituzionali, dai quali i singoli sono generalmente esclusi, ha sensibilmente ridotto possibili contestazioni da parte della dottrina. Tuttavia, la tendenza della Corte a dilatarne l'ambito di operatività oltre i limiti normativamente consentiti dell'azione di annullamento ha posto numerosi interrogativi circa la compatibilità della tecnica esaminata con rimedi giurisdizionali di tutela indiretta.

Partendo dal presupposto che la disposizione è ritenuta funzionale alla realizzazione del principio generale di certezza del diritto, la Corte, a partire dalla sentenza *Roquette*⁴⁵ - cui sono seguite altre pronunce conformi⁴⁶ - ne ha esteso

⁴⁵ CGUE, 29 ottobre 1980, *SA Roquette Frères c/ Consiglio*, C- 138/79, in *Racc.*, 1980, 3333. Nella fattispecie esaminata si contestava, in via incidentale, la validità di disposizioni regolamentari che fissavano i criteri per il calcolo degli importi compensativi monetari applicabili a determinati prodotti agricoli, ovvero stabilivano la misura di ICM che gli operatori economici dovevano corrispondere allo Stato per esportare dai paesi a moneta debole, o al contrario dovevano ricevere per esportarli dai paesi a moneta forte. Nella logica di questa innovativa giurisprudenza, la competenza della Corte di statuire gli effetti delle proprie sentenze avrebbe carattere generale. La Corte, infatti, riconosceva l'invalidità delle clausole regolamentari contestate ma imponeva ai giudici nazionali di non condannare le autorità interne alla restituzione delle somme già indebitamente riscosse in esecuzione di dette clausole. Secondo la Corte: “*Nel caso presente l'applicazione analogica dell'art. 174 comma 2 del Trattato, a norma del quale la Corte può indicare quali effetti di un regolamento dichiarato nullo vanno considerati definitivi, è necessaria per gli stessi motivi di certezza del diritto che sono alla base di tale disposizione. Da una parte l'invalidità di cui trattasi nel caso di specie potrebbe dar luogo al recupero di importi indebitamente versati da imprese interessate nei paesi a moneta deprezzata e da amministrazioni nazionali competenti nei paesi a moneta forte, il che attesa la mancanza di uniformità fra le legislazioni nazionali in materia, potrebbe cagionare considerevoli disparità di trattamento, e quindi, provocare nuove distorsioni della concorrenza. D'altra parte, non si può*

l'applicazione ai casi in cui l'illegittimità dell'atto non sia stata accertata in via diretta, all'esito di un ricorso per annullamento, ma nel contesto di un giudizio di validità, a seguito di un rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE* (vecchio art. 234 TCE)⁴⁷.

Anche alle sentenze rese dalla Corte all'esito di un rinvio pregiudiziale di validità sono, infatti, generalmente riconnessi effetti retroattivi. Sebbene la norma che disciplina il rimedio non lo preveda espressamente, e per quanto la questione sia stata almeno inizialmente oggetto di oscillazioni⁴⁸, oggi la dottrina maggioritaria e la consolidata giurisprudenza comunitaria sono conformi nell'attribuire a tali sentenze

procedere alla stima degli svantaggi economici derivanti dall'invalidità delle disposizioni regolamentari di cui trattasi senza effettuare valutazioni che, ai sensi del regolamento n. 974/1, solo la Commissione è tenuta a compiere, tenendo conto di altri elementi pertinenti, come, ad esempio, l'applicazione del tasso verde alla restituzione della produzione". Per un commento a questa innovativa giurisprudenza e, più in generale, sui limiti di efficacia delle sentenze della Corte di giustizia dichiarative della invalidità di un regolamento nel giudizio di rinvio pregiudiziale di validità si rimanda a T. BALLARINO, *Rimborsi, ripetizione d'indebito e art. 177 trattato CEE*, in *Dir. com. scamb. Internaz.* 1988, 27, 421; L. DANIELE, *La dichiarazione di invalidità di un regolamento ai sensi dell'art. 177 del trattato CEE e il potere della Corte di giustizia di limitarne gli effetti nel tempo*, in *For. It.*, 1987, IV, 15; A. NOCERINO GRISOTTI, *Effetti ex nunc dell'annullamento di atti comunitari e principi dell'ordinamento italiano*, in *Dir. com. scamb. Internaz.*, 1988, 421; G. FLORIDA, *L'accertamento pregiudiziale della definitività degli effetti del regolamento invalido e l'efficacia vincolante della sentenza*, in *Dir. com. scamb. Internaz.* 1982, 108.

⁴⁶ CGUE, 15 ottobre 1980, *Providence Agricole de la Champagne*, C-4/79, in *Racc.*, 2823, punti 44 e 45; CGUE, 15 ottobre 1980, *Maïseries de Beauce*, C-109/79, in *Racc.*, 2883. Nel primo caso la Corte di giustizia veniva adita in via pregiudiziale allo scopo di accertare incidentalmente la validità di tre regolamenti comunitari con cui si fissavano gli importi compensativi sui prodotti trasformati a partire dal granturco. Pur accertando l'effettiva illegittimità di tale sistema di calcolo e, conseguentemente, l'invalidità dei regolamenti che lo prevedevano, la Corte specifica che la dichiarazione di invalidità resa vale solo *pro futuro*, non consentendo pertanto di rimettere in discussione la riscossione o il versamento degli importi compensativi monetari effettuati dalle autorità nazionali in base a tali regolamenti per il periodo anteriore alla data della sentenza resa. Anche in questo caso la limitazione della efficacia viene giustificata sulla base di "esigenze di certezza del diritto" in quanto l'invalidità retroattiva avrebbe dato luogo a recupero di importi indebitamente versati in Paesi a moneta deprezzata e da Amministrazioni competenti in Paesi a moneta forte il che, attesa la mancanza di uniformità tra le legislazioni nazionali in materia, avrebbe potuto cagionare considerevoli disparità di trattamento.

⁴⁷ Sul rimedio di tutela giurisdizionale indiretta del rinvio pregiudiziale di invalidità si rinvia a B. MARCHETTI, *Il sistema integrato di tutela*, in *L'amministrazione europea e le sue regole*, cit., 205 ss.; G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2005, 290 ss.; G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione europea*, cit., 320 ss.; M. P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, cit., 485; ID, *Il rinvio pregiudiziale e l'intreccio tra diritto processuale nazionale ed europeo: come custodire i custodi dagli abusi del diritto di difesa?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, 745; G. FALCON, *La tutela giurisdizionale*, cit., 753; V. NUCERA, *Sentenze pregiudiziali della Corte di Giustizia e ordinamento tributario*, Milano, 2010, 73 ss.

⁴⁸ Inizialmente la Corte di giustizia, seguendo l'orientamento dei propri avvocati generali, si era espressa per l'efficacia *ex nunc* delle proprie sentenze di invalidità, in tal senso, CGUE, 1 dicembre 1965, C-16/65, *Firma G. Schwarze contro Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, in *Racc.*, 910. L'orientamento è successivamente mutato sebbene, a differenza di quanto accaduto per le sentenze interpretative, per quelle di invalidità rese su rinvio pregiudiziale non ha mai avvertito l'esigenza di chiarire in modo espresso la natura retroattiva.

una portata *ex tunc* che è insita nella funzione stessa del rimedio e nella natura della pronuncia⁴⁹. Scopo del controllo di validità, infatti, non è solo garantire che un atto invalido, ma non più annullabile, rimanga privo di effetti limitatamente alla controversia nazionale in cui la sua applicazione viene in rilievo, ma è funzionale alla verifica della legalità degli atti europei nell'interesse di tutta l'Unione, evitando l'applicazione di atti viziati e garantendo, al contempo, un'obiettiva uniformità. Il carattere retroattivo è poi un portato della natura meramente dichiarativa della sentenza che si limita a constatare una situazione di illegittimità preesistente e originaria e che non potrebbe, quindi, non generare l'inapplicabilità dell'atto contestato sin da allora.

L'efficacia *ex tunc* di tali pronunce ha reso, quindi, attuale il problema della praticabilità della tecnica modulatoria dei relativi effetti anche nell'ambito di questo rimedio. L'operazione è stata inizialmente realizzata dalla Corte attraverso il ricorso allo strumento dell'analogia, argomentando sull'assimilabilità dei due rimedi e sull'identica portata "quasi" *erga omnes* attribuita alla dichiarazione di invalidità resa all'esito del rinvio pregiudiziale, in quanto tale equiparabile all'efficacia della sentenza di annullamento⁵⁰.

⁴⁹ CGUE, 12 giugno 1980, C-130/79, *Express Dairy Foods*, in *Racc.*, 1887; CGUE, 4 ottobre 1979, cause riunite C-64/76, C-113/76, C-167/78, C-239/78, C-27/79, C-28/79, C-45/79, *Dumortier*, in *Racc.*, 1979, 3091ove accoglie le conclusioni dell'Avvocato generale secondo cui "Una dichiarazione di non validità o illegittimità accompagnata da un effetto *ex nunc* non offrirebbe alcuna base per ricorsi per danni anteriori, con la conseguenza che sarebbe inutile, per i soggetti che hanno interesse a introdurre simili ricorsi, di riferirsi alla decisione pregiudiziale che ha constatato l'esistenza della illegalità. se si riconosce", come di fatto è, "che tali decisioni possano avere efficacia anche ai fini di azioni per danni proposte da altri soggetti, si deve pure ammettere che l'invalidità o l'illegittimità sono contestate *ex tunc*".

⁵⁰ Secondo l'orientamento costantemente sostenuto dalla Corte, l'azione di annullamento e il controllo di validità che avviene attraverso il rinvio pregiudiziale sono forme diverse di un medesimo sistema di controllo giurisdizionale. Nonostante, infatti, l'art. 267 TFUE faccia riferimento al concetto di "validità", mentre l'art. 263 a quello di "legittimità" è pacifico per la giurisprudenza comunitaria che le due nozioni siano coincidenti; inoltre medesimi sono per la Corte i poteri esercitabili dal giudice nei due contenziosi ai fini dell'accertamento dell'illegittimità dell'atto, anzi si evidenzia come dalla formulazione dell'art. 267 la competenza della Corte appaia più ampia rispetto a quella di cui gode nel giudizio di annullamento che è limitata agli atti dotati di una portata vincolante, laddove l'art. 267 fa riferimento genericamente agli atti delle Istituzioni non escludendo, astrattamente, che oggetto del rinvio pregiudiziale di validità possano essere anche raccomandazioni e pareri. Si veda in tale senso CGUE, 22 ottobre, 1987, C-314/85, *Foto-Frost c/Hauptzollamt Lübeck-Ost*, in *Racc.*, 4199, punto 16; CGUE, 12 dicembre 1972, cause riunite C-21/72 – C-24/72, *International Fruit NV and others c/Productschap voor Groenten en Fruit*, in *Racc.*, 1219, punti 4-6. Per i primi casi in cui la Corte di giustizia ha operato questa estensione si veda CGUE, 15 ottobre 1980, C-4/79, *Société Cooperative Providence Agricole de la Champagne c/Office national interprofessionnel des céréales (ONIC)*, in *Racc.*, 2823. Per il concetto di portata "quasi" *erga omnes* della pronuncia pregiudiziale di invalidità si rimanda alla nota 21.

Questo modo di argomentare della Corte è stato duramente criticato in dottrina⁵¹. Molti Autori contestano in radice lo stesso presupposto da cui la Corte di giustizia è partita al fine di operare l'estensione di tale potere, ovvero l'asserita assimilabilità dei due rimedi giurisdizionali dell'azione per annullamento e del rinvio pregiudiziale di validità, negando la sussistenza di un'*eadem ratio* che legittimi il ricorso allo strumento dell'analogia. Si ritiene, infatti, che i due strumenti di tutela, ancorché alternativi e complementari, siano ontologicamente distinti e per nulla assimilabili tra loro, sicché qualsiasi estensione di norme dettate con specifico riferimento all'uno non possono essere trasposte in via interpretativa all'altro senza un espresso riferimento normativo che lo autorizzi⁵².

Allo stesso modo, anche coloro i quali condividono la premessa della Corte circa la parziale convergenza dei due rimedi – almeno sotto il profilo della efficacia *ultra partes* prodotta dalla sentenza pronunciata al loro esito – negano comunque la possibilità di estendere al rinvio pregiudiziale di invalidità la tecnica modulatoria propria del solo giudizio di annullamento comunitario.

In particolare ciò che si evidenzia è, prima d'ogni altra considerazione, la diversità del carattere della sentenza di annullamento dell'atto comunitario illegittimo rispetto a quella resa in via pregiudiziale: solo la prima, infatti, ha un carattere costitutivo e una portata normativa che ne giustifica la modulabilità degli

⁵¹ Si esprimono in senso contrario alla praticabilità della tecnica nel giudizio pregiudiziale di validità J. LABAYLE, *La Cour de justice de communautés et le effets d'une déclaration d'invalidité*, in *Rev. trim. dir. eur.*, 1982, 484; G. M. UBERTAZZI, *Gli effetti ratione temporis delle sentenze pregiudiziali in materia di validità degli atti comunitari*, in *Dir. com. scamb. Internaz.*, 1985, 24, 75; L. AZZENA, *Corte Costituzionale e Corte di giustizia CEE a confronto sul tema della efficacia temporale delle sentenze*, in *Riv. Trim. dir. pubb.*, 1992, 693; A. NOCERINO GRISOTTI, *op. cit.*, 421.

⁵² Nel senso della diversità e non assimilabilità del rimedio giurisdizionale diretto dell'azione per annullamento e di quello indiretto del rinvio pregiudiziale di validità B. MARCHETTI, *Il sistema integrato di tutela*, in *L'amministrazione europea e le sue regole*, cit., 207 che ne evidenzia la profonda diversità specie sotto il profilo dei vantaggi derivanti dal loro esperimento. In primo luogo, il rinvio pregiudiziale di validità determina, a differenza del ricorso per annullamento, una necessaria sospensione del processo in atto causando una dilatazione dei tempi processuali; inoltre, nel caso in cui la questione di invalidità venga incidentalmente sollevata nel corso di altro giudizio la sua sottoposizione al vaglio CGUE non è automatica, dipendendo dall'esito del giudizio preliminare di rilevanza e non manifesta infondatezza svolto dal giudice nazionale *a quo* sicché non è il ricorrente il "dominus" della causa. Viceversa, il rimedio del rinvio pregiudiziale di validità presenta rispetto all'azione diretta di impugnazione il vantaggio di non essere sottoposto ad un termine decadenziale e la non obbligatorietà dell'assistenza legale, limitandosi la parte a presentare delle osservazioni.

effetti, laddove l'altra è per sua stessa natura una pronuncia meramente dichiarativa improduttiva di effetti retroattivi⁵³.

Altra argomentazione viene individuata in ragioni di opportunità in quanto, diversamente da quanto accade a seguito di una sentenza di annullamento di un atto comunitario illegittimo, la pronuncia pregiudiziale di invalidità genera un vuoto che non ha carattere definitivo né valore decisivo ma che potrebbe anche essere voluto dal legislatore comunitario con la conseguenza che, non necessariamente, occorre trovare in via giurisprudenziale una soluzione alternativa per colmarlo⁵⁴.

Si sottolinea, inoltre, come una modulazione temporale degli effetti nel tempo di un atto incidentalmente dichiarato invalido sarebbe incompatibile con il riparto di competenze tra Corte e giudici nazionali, come stabilito dal trattato, in quanto impedisce al giudice nazionale che ha sollevato incidentalmente la questione di validità di utilizzare la pronuncia resa dalla Corte per la decisione della causa, atteso che essa, essendo resa *ex nunc*, troverebbe applicazione esclusivamente a situazioni successive alla decisione della causa⁵⁵.

Non va poi trascurato come estendere il potere di modulazione temporale al procedimento pregiudiziale di validità significhi dilatare fortemente il campo di applicazione della tecnica atteso che quest'ultimo, a differenza del giudizio di annullamento, non solo non è sottoposto al termine decadenziale di due mesi ma, tra l'altro, non richiede l'accertamento che l'atto comunitario riguardi direttamente e individualmente il ricorrente ma esclusivamente la sussistenza del requisito della pertinenza di tale atto alla controversia⁵⁶.

⁵³ L'assimilabilità tra pronunce rese all'esito dei due rimedi, di annullamento e di rinvio pregiudiziale, è tale solo sotto il profilo dell'uniformità dei risultati cui le stesse conducono ma non ne autorizza un'assimilazione in punto di diritto. Entrambe, infatti, comportano l'impossibilità per tutti i giudici nazionali di applicare la norma dichiarata invalida. Tuttavia solo la decisione di annullamento provoca l'eliminazione formale dell'atto illegittimo dall'ordinamento, laddove all'esito del rinvio pregiudiziale l'atto, per quanto disapplicato nel giudizio *a quo* e da disapplicare nei successivi giudizi in cui verrà in rilievo, continua formalmente a permanere nell'ordinamento. Sul punto V. NUCERA, *Sentenze pregiudiziali della Corte di Giustizia e ordinamento tributario*, cit., 275; A. BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXIII, Agg., Roma, 1997, 277; G. BERARDIS, *Gli effetti delle sentenze pregiudiziali della Corte di giustizia delle comunità europee*, in *Dir. com. sc. int.*, 1982, 245.

⁵⁴ Si esprime in tal senso G. M. UBERTAZZI, *Gli effetti ratione temporis delle sentenze pregiudiziali in materia di validità degli atti comunitari*, cit., 79 il quale evidenzia come tale vuoto potrebbe essere intenzionale.

⁵⁵ In tal senso G. M. UBERTAZZI, *op. cit.*, 75 ss.

⁵⁶ G. PARODI, *Gli effetti delle sentenze di annullamento e di invalidità della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Quaderni regionali*, 2007, 319; A. NOCERINO GRISOTTI, *op. cit.*, 421.

Non mancano, ad ogni modo, posizioni favorevoli all'autoriconoscimento del potere di modulazione anche nel caso di pronunce pregiudiziali di invalidità. Si argomenta, in tal senso, facendo leva sulla funzione sostanzialmente normativa assoluta da tali sentenze e sulla circostanza che il potere modulatorio previsto dall'art. 264 TFUE non inerisce tanto al profilo formale della giurisdizione di annullamento quanto alla funzione sostanziale della produzione normativa⁵⁷. Allo stesso tempo si sostiene, da parte di alcuni, come tale potere, pur non espressamente posto, sia da intendersi implicito nella competenza pregiudiziale di validità, rappresentando la stessa un *minus* rispetto al più ampio potere di dichiarare l'invalidità piena⁵⁸.

L'orientamento estensivo della Corte di giustizia in materia di utilizzo della tecnica modulatoria anche nel giudizio pregiudiziale di validità non ha comunque suscitato contestazioni solo in dottrina: ha generato anche un atteggiamento di diffusa "ribellione" e resistenza da parte dei giudici nazionali⁵⁹, soprattutto in relazione alla circostanza che, almeno nelle sue prime decisioni, la Corte non consentiva l'applicazione della propria pronuncia di invalidità neppure alla fattispecie *sub iudice* nel corso della quale la questione di invalidità, poi ritenuta fondata, era stata incidentalmente sollevata⁶⁰.

⁵⁷ G. FLORIDA, *L'accertamento pregiudiziale della definitività degli effetti del regolamento invalido e l'efficacia vincolante della sentenza*, cit., 1982, 109.

⁵⁸ L. DANIELE, *La dichiarazione di invalidità di un regolamento ai sensi dell'art. 177 del trattato CEE e il potere della Corte di giustizia di limitarne gli effetti nel tempo*, cit., 19.

⁵⁹ Discreti i casi in cui, almeno inizialmente, a fronte di una pronuncia pregiudiziale in cui la Corte ha limitato temporalmente l'efficacia della sentenza di invalidità resa il giudice nazionale remittente si è comunque rifiutato di applicare l'atto comunitario dichiarato invalido solo *pro futuro*. Si veda, ad esempio, Tribunal d'instance de Lille, 15 luglio 1981, in *Riv. dir. com. scamb. Int.*, 1982, 105 e in *Foro it.*, 1982, IV, 33; Tribunale di Torino, sent. 19 ottobre 1983, che a seguito della sentenza *Roquette*, disattendendo la pronuncia comunitaria che disponeva l'invalidità *ex nunc* del regolamento comunitario, ha comunque disposto la restituzione delle somme indebitamente percepite in passato dall'Amministrazione finanziaria; Tribunale di Venezia, ord. 24 novembre 1983, che, dopo aver risollevato dinanzi la CGUE la precedente questione di validità del regolamento comunitario di modifica degli importi compensativi monetari per i prodotti derivati dal mais e dopo aver ottenuto una nuova pronuncia della Corte confermativa dell'invalidità solo *pro futuro* con espresso divieto di rimettere in discussione la riscossione degli importi compensativi già avvenuti, ha sollevato un'eccezione di legittimità costituzionale. Per un commento a tali pronunce e per un'analisi più approfondita delle critiche rivolte dai giudici nazionali all'applicazione della tecnica modulatoria al giudizio incidentale di validità comunitaria si rinvia a L. AZZENA, *op. cit.*, 712; R. PINARDI, *La Corte, i giudici e il legislatore: il problema degli effetti temporali delle sentenze di incostituzionalità*, Milano, 1993, 121, nota 5; ID, *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi: prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore*, Milano, 2007, 51.

⁶⁰ Si è mostrata sin dall'inizio contraria all'uso della tecnica in tale settore la Corte Costituzionale italiana, C. Cost., 21 aprile 1989, n. 232, in *Giur. cost.*, 1989, I, 1009 che ha evidenziato come tale prassi, sebbene coerente con l'efficacia generale attribuita dalla Corte di giustizia alle pronunce pregiudiziali che dichiarino l'invalidità di un atto normativo, si pone in contrasto con il "controlimite"

A fronte delle contestazioni derivanti dalla impossibilità di operare una analogia tra i due rimedi, la Corte, pur continuando ad affermarne l'utilizzabilità anche in tale contesto, ha successivamente modificato il fondamento dell'operazione estensiva della tecnica modulatoria al giudizio incidentale di validità individuandolo in una generale competenza riservata dal trattato, finalizzata all'applicazione uniforme del diritto comunitario⁶¹.

Inoltre, per ovviare all'inconveniente segnalato dai giudici nazionali, ha ammesso la possibilità di valutare, caso per caso, se estendere anche alla parte che ha impugnato l'atto davanti al giudice nazionale la limitazione temporale o se operare una deroga nei confronti di coloro che, al momento della pronuncia di invalidità, hanno già proposto un'azione giudiziale o esperito un reclamo equivalente⁶².

4.2 *L'applicazione del potere modulatorio al giudizio incidentale di interpretazione.*

Ancora maggiori problemi e contrasti ha generato l'operazione di estensione dell'operatività della tecnica modulatoria al giudizio instaurato dinanzi alla Corte di giustizia a seguito di rinvio pregiudiziale di interpretazione⁶³.

Com'è noto, le sentenze interpretative rese dalla Corte hanno una naturale portata retroattiva che è strettamente correlata alla funzione propria del rinvio pregiudiziale di interpretazione e alla natura di "precedente" delle sentenze

rappresentato dal fondamentale diritto alla tutela giurisdizionale garantito dall'art. 24 Cost. e urta con la natura incidentale del rinvio pregiudiziale. Essa pregiudica e svuota di ogni contenuto "il diritto di ciascuno ad avere per qualsiasi controversia un giudice ed un giudizio" in quanto questi, pur avendo provocato l'instaurazione del giudizio incidentale e pur avendo ottenuto il riconoscimento della invalidità della norma contestata, vedrebbe comunque risolta la propria controversia principale sulla base di quella stessa norma ancorché dichiarata illegittima.

⁶¹ CGUE, 27 febbraio 1985, *Société des produits de Maïs c/ Administration des douanes et droits indirects*, C-112/83, in *Racc.*, 719. In senso analogo CGUE, 22 maggio 1985, C-33/84, *FRAGD/Ministero delle Finanze*, in *Foro It.*, 1987, IV, 16; CGUE, 15 gennaio 1986, C-41/84, *Pinna*, in *Racc.*, 1986, 17; CGUE, 26 aprile 1994, *Roquette Frères*, in *Racc.*, 1994, I, 1465.

⁶² CGUE, 15 gennaio 1986, *Pinna*, C- 41/86, in *Racc.*, 1, punti 29 e 30; CGUE, 26 aprile 1994, *Roquette Frères*, C-228/92, in *Racc.*, I-1445, punti 28 e 29.

⁶³ Sulle caratteristiche di questo rimedio giurisdizionale, le condizioni legittimanti e il relativo ambito di operatività si rinvia a B. MARCHETTI, *Il sistema integrato di tutela*, in *L'amministrazione europea e le sue regole*, cit., 200; G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2005, 290 ss.; G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione europea*, cit., 320 ss.; M. P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, cit., 489; G. FALCON, *La tutela giurisdizionale*, cit., 753; V. NUCERA, *Sentenze pregiudiziali della Corte di Giustizia e ordinamento tributario*, cit., 91 ss.; ID, *Le sentenze interpretative della Corte di Giustizia ed il loro impatto sul sistema tributario*, in *Rass. trib.*, 4/2006, 1136.

interpretative⁶⁴. Attraverso tale rimedio, infatti, la Corte è investita dai giudici nazionali del compito di chiarire e precisare il significato e la portata della norma dei trattati, quale deve o avrebbe dovuto essere intesa sin dal momento della sua entrata in vigore. Ne risulta, come chiarito più volte dalla stessa Corte di giustizia, che la norma sottoposta a rinvio pregiudiziale, come risultante dall'interpretazione qualificata fornita, deve essere applicata dal giudice nazionale, non solo ai rapporti giuridici sorti successivamente alla pronuncia, ma anche a quelli costituiti antecedentemente alla stessa, purché non già esauriti né divenuti definitivi⁶⁵.

⁶⁴ Sulla natura di "precedente europeo" delle sentenze interpretative della CGUE e, conseguentemente, sulla loro funzione normativa ed efficacia *erga omnes* non esiste una unanimità di vedute da parte della dottrina ma si registrano sul tema opinioni divergenti. Si va dall'orientamento più rigido di totale chiusura verso la possibilità di produzione di effetti *ultra partes*, attesa l'assenza di una previsione in tal senso, ma che attribuisce a tali pronunce una mera efficacia persuasiva morale, P. PESCATORE, *Il rinvio pregiudiziale di cui all'art. 177 del trattato CEE e la cooperazione tra la corte ed i giudici nazionali*, in *Foro it.*, 1986, V, 41; a posizioni più progressiste e decisamente maggioritarie che estendono la portata vincolante della pronuncia al di fuori del *giudizio a quo* nel quale è stata resa, riconoscendole un'efficacia *erga omnes* nei confronti di tutti i giudici tenuti ad applicarla G.M. UBERTAZZI, *La Corte di giustizia delle Comunità europee e il suo dovere di conformarsi alle sue precedenti decisioni ex art. 177*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1977, 485; G. BERARDIS, *op. cit.*, 247; M. ANTONINI, *L'efficacia delle sentenze interpretative della Corte di giustizia delle comunità europee: riflessioni a margine del contrasto interpretativo sorto con riferimento all'imposta sul patrimonio netto*, in *Dir. prat. trib. internaz.*, 1982, 247. La Corte Costituzionale italiana già da tempo aderisce all'opinione sostenuta dalla dottrina maggioritaria attribuendo alle sentenze interpretative della CGUE una valenza normativa che le rende non solo applicabili *erga omnes* oltre il caso concreto che le ha originate ma persino direttamente applicabili alla stregua di un regolamento europeo, *ex multis*, C. Cost., sent. nn. 113/1985, 389/1989, 285/1993, 168/1991; ord. nn. 225/1999, 268/2005.

⁶⁵ Il principio della naturale portata retroattiva delle sentenze interpretative è stato chiarito per la prima volta dalla Corte nella sentenza CGUE, 27 marzo 1980, *Amministrazione delle finanze dello Stato c/ Denkavit italiana Srl*, C-61/79, in *Racc.*, 1205 che rappresenta un'ulteriore fattispecie di applicazione del potere modulatore al rinvio pregiudiziale d'interpretazione dopo il *leading case Defrenne*. La Corte afferma come "Soltanto in via eccezionale potrebbe essere indotta, in base ad un principio generale di certezza del diritto, inerente all'ordinamento giuridico comunitario, e tenuto conto dei gravi sconvolgimenti che la sua tendenza potrebbe provocare per il passato nei rapporti giuridici stabiliti in buona fede, a limitare la possibilità degli interessati di far valere la disposizione così interpretata per rimettere in questione tali rapporti giuridici". Nella fattispecie in esame la questione interpretativa sottoposta alla Corte riguardava la sussistenza e la portata dell'obbligo per gli stati membri che abbiano riscosso tasse o tributi nazionali riconosciuti in seguito incompatibili con il diritto comunitario di restituirli a richiesta del contribuente. Il governo italiano evidenziava nelle proprie memorie i gravi inconvenienti finanziari che sarebbero derivati agli stati membri dall'obbligo di rimborso agli operatori economici di tasse e tributi nazionali versati nel comune convincimento della conformità al diritto comunitario, chiedendo alla Corte di limitare il diritto alla restituzione ai soli importi riscossi posteriormente alla sentenza della Corte di giustizia che ha sancito la contrarietà del tributo al diritto comunitario. La Corte ha recepito solo parzialmente tali conclusioni in quanto, da un lato, ha sancito in astratto il diritto degli operatori di richiedere il rimborso delle tasse versate e successivamente dichiarate incompatibili, anche anteriormente alla pronuncia di incompatibilità; allo stesso tempo tuttavia ha riconosciuto il diritto di ciascuno stato membro di fissare al proprio interno a quali condizioni i contribuenti possano richiedere tale rimborso con l'unica condizione che tali condizioni non rendano praticamente impossibile l'esercizio di diritti comunitariamente riconosciuti. In dottrina, sulla portata retroattiva delle decisioni interpretative adottate dalla Corte di giustizia all'esito di un rinvio pregiudiziale si veda L. AZZENA, *op. cit.*, 69; V. NUCERA, *Sentenze pregiudiziali*

Il punto di partenza della giurisprudenza comunitaria in materia è rappresentato dalla sentenza *Defrenne* nella quale, per la prima volta, la Corte ha limitato la portata nel tempo degli effetti della sentenza interpretativa resa a un periodo posteriore alla data del pronunciamento, fornendo in tal modo un'interpretazione qualificata della norma comunitaria valevole solo *pro futuro* e non applicabile alle fattispecie realizzatesi antecedentemente alla sua pronuncia. In particolare, facendo leva su “esigenze imperative di certezza del diritto attinenti all'insieme degli interessi in gioco, tanto pubblici quanto privati” la Corte si rifiuta di rimettere in discussione le remunerazioni previste dalla norma interna sottoposta al suo esame per i periodi passati, salvo che per coloro i quali al momento della pronuncia interpretativa resa avevano già proposto ricorso⁶⁶.

In questo caso, tuttavia, diversamente da quanto accaduto in tema di rinvio pregiudiziale di validità, per operare tale estensione del potere modulatorio la Corte di giustizia non fa ricorso allo strumento dell'analogia. Tale operazione, infatti, si sarebbe prestata a numerose contestazioni per l'assoluta non assimilabilità dei due rimedi giurisdizionali; essa preferisce invece motivare sulla base di un principio generale di sicurezza giuridica inerente e implicito allo stesso ordinamento comunitario. Inaugurando un filone giurisprudenziale, che si è successivamente consolidato, la Corte, ritiene che “considerazioni imprescindibili di certezza del diritto, riguardanti il complesso degli interessi in gioco, sia pubblici che privati” impediscono di invocare l'interpretazione della norma del trattato per il periodo

della Corte di Giustizia e ordinamento tributario, cit., 234; P. BIAVATI, F. CARPI, *Diritto processuale comunitario*, Milano, 2000, 426; G. D'ANGELO, *Sentenze interpretative della Corte di Giustizia ed efficacia limitata nel tempo e restituzione del tributo incompatibile*, in *Rass. Trib.*, 2005, 1907; A. BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria*, cit., 291.

⁶⁶ CGUE, 8 aprile 1976, *Defrenne c/ Sabena*, C-43/75, in *Racc.* 455 in materia di parità di trattamento tra lavoratori di sesso maschile e femminile in riferimento alle condizioni di impiego. Nella fattispecie in esame la *Cour de Cassation* belga sottoponeva alla CGUE una questione pregiudiziale relativa alla corretta interpretazione dell'art. 119 del Trattato CEE nella parte in cui fissava il principio della parità di retribuzione tra lavoratori di sesso femminile e maschile. In particolare, il giudice remittente chiedeva se una tale disposizione potesse interpretarsi come norma che in generale prescriveva la parità di tutte le condizioni di impiego fra i due sessi e non solo dell'aspetto retributivo, così da qualificare come discriminatoria la clausola inserita nel contratto di un'assistente di volo che prevedeva la cessazione automatica del rapporto di impiego al compimento del quarantesimo anno di età. La Corte nega preliminarmente che l'art. 119 possa estensivamente essere interpretato come disposizione che vieti oltre ai trattamenti retributivi discriminatori anche discriminazioni relative alle altre condizioni di impiego. Allo stesso tempo evidenzia come al momento in cui si svolsero i fatti sottoposti all'esame dei giudici belgi la Comunità non aveva assunto alcuna funzione di garanzia in relazione al rispetto del principio di parità di trattamento tra lavoratori di sesso diverso in materia di condizioni di lavoro diverse dalle retribuzioni con riferimento ai rapporti di lavoro disciplinati dal diritto nazionale che, quindi, restano disciplinate dalle norme interne.

antecedente la propria decisione ad eccezione di coloro che avessero già promosso un'azione giudiziaria.

Uno dei settori principali in cui la Corte di giustizia ha fatto, e fa tuttora, frequente uso della tecnica modulatoria nell'ambito del rinvio pregiudiziale di interpretazione è rappresentato dal diritto tributario. Non è un caso, infatti, che quasi tutta la giurisprudenza esistente in materia attenga proprio a tale ambito⁶⁷.

Ciò è dipeso, in primo luogo, dalla circostanza che, in tale settore, alla dichiarazione di incompatibilità di un tributo segue, di regola, l'attivazione, su domanda delle parti interessate, di una procedura amministrativa o contenziosa di rimborso del tributo nazionale versato, rispetto alla quale appare dirimente conoscere il momento esatto a partire dal quale la pretesa azionata dal contribuente possa essere fatta valere.

Sebbene, almeno in via di principio, la Corte di giustizia abbia più volte affermato come un mero interesse finanziario ed economico non sia da solo sufficiente a giustificare l'esercizio del potere modulatorio,⁶⁸ nella sostanza, quando ci si muove nel settore fiscale viene sempre mostrato un particolare riguardo alla portata dell'impatto finanziario e ai "gravi sconvolgimenti economici" che una sua pronuncia interpretativa potrebbe generare sulla tenuta del sistema economico dello Stato membro colpito. Questo soprattutto quando l'interpretazione fino a quel momento applicata, e poi risultata contraria al diritto UE, sia incolpevole perché generata da una obiettiva incertezza relativa alla norma europea interpretata o alimentata dalle stesse Istituzioni comunitarie.

⁶⁷ Sono numerose le applicazioni pratiche della tecnica modulatoria in caso di rinvii pregiudiziali sull'interpretazione di norme tributarie. Si veda in proposito: CGUE, 2 febbraio 1988, C-309/85, *Barra*, in *Racc.*, 1988, 355 ss.; CGUE, 16 luglio 1992, C-163/90, *Legros*, in *Racc.*, 1993, I-4625; CGUE, 14 settembre 1995, cause riunite C-485/93, C-486/93, *Smitzi*, in *Racc.*, 1995, 2655; CGUE, 9 settembre 2004, C-72/03, *Carbonati Apuani*, in *Riv. dir. trib.*, 2005, III, 57; CGUE, 14 settembre 2006, C-228/05, *Stradasfalti srl c/ Agenzia delle Entrate- Ufficio di Trento*, in *Il Fisco*, 2006, 12706 e in *Racc.*, I -8391; CGUE 3 ottobre 2006, C-475/03, *Banca Popolare di Cremona c/ Agenzia delle Entrate - Ufficio di Cremona*, in *Racc.*, I-09373.

⁶⁸ Sul punto G. D'ANGELO, *Sentenze interpretative della Corte di Giustizia ed efficacia limitata nel tempo e restituzione del tributo incompatibile*, cit., 1907 ss., per il quale il criterio dei gravi sconvolgimento economici sarebbe nettamente recessivo rispetto all'esigenza di esatta applicazione del diritto comunitario, mentre assumerebbe rilievo decisivo ai fini della scelta di ricorrere alla modulazione l'altro criterio elaborato della obiettiva incertezza giuridica; contraria V. NUCERA, *Sentenze pregiudiziali della Corte di Giustizia e ordinamento tributario interno*, cit., 241, secondo cui, al contrario, proprio l'esame dei casi pratici in cui la Corte ha fatto uso di tale potere mostrerebbe come il criterio delle ripercussioni economico-finanziarie rivesta un'importanza decisiva nella scelta di modulare o meno l'efficacia retroattiva della sentenza interpretativa resa.

Nella maggior parte di queste pronunce, infatti, la Corte, dopo aver riconosciuto l'incompatibilità della norma nazionale istitutiva del tributo interno alla luce della corretta e qualificata interpretazione della norma comunitaria con cui lo stesso si pone in contrasto, dispone che il diritto a richiedere il rimborso delle somme indebitamente versate spetti solo a quei contribuenti che, al momento del deposito della pronuncia interpretativa, abbiano già proposto azione giudiziale. Viceversa, ove la Corte ravvisi la carenza di qualsiasi incertezza interpretativa in ordine alla norma comunitaria con cui il tributo nazionale si pone in contrasto, oppure, ove accerti che gli importi complessivi da rimborsare non siano particolarmente ingenti, né tali da produrre sconvolgimenti economici per il Paese coinvolto, rifiuta l'uso della modulazione richiesto e lascia che la sentenza interpretativa produca effetti *ex tunc*⁶⁹.

Altra motivazione che sta alla base della più frequente utilizzazione della tecnica modulatoria nei giudizi pregiudiziali di interpretazione nel settore fiscale è poi da individuare nel diverso valore che la pronuncia interpretativa espleta in questo campo. Nel settore fiscale, infatti, si registra un'alterazione del ruolo del rimedio *ex art. 267 TFUE* che da giudizio sulla corretta esegesi della norma comunitaria si trasforma in giudizio di legittimità della norma interna rispetto a quella comunitaria. Si passa, in altri termini, da una pregiudiziale d'interpretazione a una pregiudiziale di compatibilità. Ciò comporta conseguenze non trascurabili sotto il profilo dell'efficacia della sentenza interpretativa resa, che non si limita a costituire un vincolo all'interpretazione conforme in sede di applicazione della norma da parte di

⁶⁹ E' quanto accaduto ad esempio nel caso di CGUE, 31 marzo 1992, C-200/90, *Dansk Dankavit*, in *Racc.* I-02217, ove dopo aver accertato l'incompatibilità del tributo danese a sostegno del lavoro con l'art. 33 della VI Direttiva IVA la Corte di giustizia ha negato la possibilità di conferire efficacia *ex nunc* alla propria pronuncia attesa la carenza di incertezza nell'interpretazione della norma comunitaria. Allo stesso modo nel caso CGUE, 5 ottobre 2006, cause riunite C-290/05 e C-333/05, *Nadasdi e Németh*, in *fisconline*, in tema di compatibilità della tassa ungherese d'immatricolazione dei veicoli con gli artt. 28 e 110 del TFUE oltre che con il già citato art. 33 della VI Direttiva IVA, la Corte si è rifiutata di accogliere la richiesta del governo danese di limitare l'efficacia temporale della sentenza pregiudiziale pronunciata ritenendo insussistente nella fattispecie il requisito delle gravi ripercussioni finanziarie dal momento che gli importi da rimborsare non erano a tal punto elevati da mettere in crisi la stessa tenuta del sistema economico del Paese. L'insussistenza di questo fondamentale requisito ha reso irrilevante per la Corte andare ad accertare la sussistenza o meno di un comportamento di buona fede da parte del governo danese nell'applicazione di questa tassa anticomunitaria.

tutti i giudici nazionali - anche diversi da quello remittente - ma determina una disapplicazione perpetua della norma incompatibile⁷⁰.

L'estensione dell'uso della tecnica modulatoria al contenzioso del rinvio pregiudiziale d'interpretazione ha suscitato numerose polemiche da parte della dottrina che si è opposta alla sua praticabilità⁷¹.

Diverse le argomentazioni addotte a supporto. In primo luogo, si ritiene che l'esercizio del potere modulare in questa sede privi il giudice nazionale remittente di una sua prerogativa, quella di trarre autonomamente le conseguenze dalla dichiarazione di invalidità resa in via incidentale. Avvalendosi della tecnica, infatti, è la stessa Corte che fissa le conseguenze della propria pronuncia interpretativa o ne rimette la determinazione all'Istituzione europea che ha adottato l'atto. Al contempo, l'esercizio di tale potere anche in questo peculiare settore finisce con l'attribuire alla Corte un potere largamente discrezionale, in contrasto con la natura intrinseca di un organo di giustizia al quale dovrebbero essere sottratte, se non nei casi espressamente autorizzati per legge, valutazioni di opportunità⁷².

Si contesta, inoltre, sotto un profilo più strettamente processuale, che precisando gli effetti che il giudice nazionale remittente deve trarre dalla pronuncia

⁷⁰ Tale norma, pur non essendo materialmente abrogata, non potrà essere applicata dai giudici nazionali nelle fattispecie ove venga in rilievo e nasce, per effetto della pronuncia, una sorta di vincolo a carico del legislatore nazionale di prendere posizione su di essa. E' quanto, ad esempio, accaduto nel nostro ordinamento giuridico a seguito della dichiarazione di incompatibilità dell'IVA riscossa sugli autoveicoli. CGUE, 14 settembre 2006, C-228/05, *Stradasfalti Srl contro Agenzia delle Entrate - Ufficio di Trento*, in *Racc.*, 8391, laddove immediatamente dopo la pubblicazione della sentenza interpretativa della Corte il Governo italiano ha emesso il DL 15 settembre 2006, n. 258 intervenendo sulla materia della detraibilità del tributo onde renderne compatibile la disciplina con il contenuto precettivo della sentenza europea. Sulla efficacia generale o *erga omnes* delle sentenze interpretative e sulla peculiare natura dalle stesse assunte nel settore fiscale si rinvia a V. NUCERA, *Sentenze pregiudiziali della Corte di Giustizia e ordinamento tributario*, cit., 111 ss.; ID, *Le sentenze interpretative della Corte di Giustizia ed il loro impatto sul sistema tributario*, in *Rass. trib.*, 4/2006, 1136 ss.

⁷¹ In generale, per un approfondimento sulle riflessioni critiche condotte dalla dottrina sul fenomeno della limitazione nel tempo della efficacia delle sentenze interpretative si rinvia a L. DANIELE, *Costituzione italiana ed efficacia nel tempo delle sentenze della Corte di giustizia comunitaria*, cit., 1855; G. FRANSONI, *Riflessioni (critiche) sulla limitazione degli effetti nel tempo delle sentenze interpretative della Corte di giustizia*, in *Riv. dir. trib.*, 2006, I, 373; G.M. UBERTAZZI, *Gli effetti ratione temporis delle sentenze pregiudiziali in materia di validità degli atti comunitari*, cit., 39; G. D'ANGELO, *Sentenze interpretative della Corte di Giustizia ed efficacia limitata nel tempo e restituzione del tributo incompatibile*, cit., 1907; A. BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria*, cit., 291; G. BEBR, *Preliminary rulings of the court of justice: their authority and temporal effect*, in *Common Market Law Review*, 1981, 475.

⁷² In tal senso L. AZZENA, *op. cit.*, 705.

interpretativa resa la Corte vada *ultra petita*, traendo conseguenze ulteriori sulle quali il giudice *a quo* non le ha espressamente chiesto di pronunciarsi⁷³.

Infine, si evidenzia come l'uso della tecnica modulatoria in questo peculiare giudizio finisca con lo snaturare la funzione stessa del rinvio pregiudiziale, ovvero quella di garantire un'uniforme applicazione del diritto comunitario. E' evidente, infatti, come limitando *ratione temporis* l'efficacia della interpretazione qualificata della norma comunitaria fornita dalla Corte si frazioni l'applicazione del diritto comunitario attribuendo alla norma un significato diverso, prima e dopo la decisione. Ciò in palese contrasto con l'esigenza di garantire l'interpretazione e l'applicazione omogenea del diritto europeo quale funzione cui la Corte è prioritariamente preposta⁷⁴.

4.3 *Criteri e limiti di operatività del potere modulatorio nel giudizio di annullamento comunitario e in quello interpretativo.*

Se da un lato l'atteggiamento della Corte di Giustizia nell'interpretare il campo di operatività della norma attributiva del potere di modulazione temporale è stato, sin dal principio, improntato a un'ottica estensiva e sostanzialistica tesa a garantirne la massima applicazione possibile, sul piano operativo la Corte ha contribuito a dettare una serie di condizioni e limiti al concreto esercizio di tale potere da parte del giudice comunitario che, di fatto, ha reso il ricorso a tale tecnica limitato a casi effettivamente eccezionali.

Anche a livello comunitario, dunque, la regola generale resta quella della naturale portata retroattiva della sentenza di annullamento e della sua efficacia costitutiva in quanto è attraverso la rimozione retroattiva dell'atto illegittimo che si realizza in via prioritaria il principio di effettività della tutela.

Nel precisare i limiti e le condizioni legittimanti l'uso di tale potere la Corte opera una distinzione a seconda della tipologia di modulazione che intende realizzare e in relazione al tipo di rimedio giurisdizionale nell'ambito del quale essa viene in

⁷³ A. NOCERINO GRISOTTI, *op. cit.*, 421.

⁷⁴ In tal senso D. SIMON, *L'effet dans les temps des arrêts préjudiciels de la Cour de justice des Communautés européennes: enjeu ou prétexte d'une nouvelle guerre des juges?*, in F. CAPOTORTI, C-D. EHLERMANN, J. FROWEIN, F. JACOBS, R. JOLIET, T. KOOPMANS, R. KOVAR, *Du Droit international au droit de l'intégration, Liber Amicorum Pierre Pescatore*, Baden, 1987, 651.

rilievo. Nell'ambito del giudizio di annullamento, in tutti i casi in cui l'uso della tecnica non sia strumentale esclusivamente a limitare la retroattività della sentenza di annullamento ma a escludere *in toto* la caducazione dell'atto accertato illegittimo, prescrivendone la permanenza degli effetti fino all'adozione del nuovo provvedimento da parte della Istituzione comunitaria competente, occorre che il vizio di illegittimità da cui l'atto annullato è affetto sia solo formale e che l'interesse correlato al mantenimento dell'atto sia di rilievo tale da giustificare il sacrificio imposto alla tutela giurisdizionale del ricorrente. In sostanza, quando attraverso l'esercizio della tecnica modulatoria si intende escludere la naturale portata caducatoria della sentenza di annullamento, pronunciando una sentenza non costitutiva a effetti solo conformativi, la Corte esige la sussistenza di concorrenti diritti fondamentali, di rango per lo più costituzionali, che rischierebbero di essere pregiudicati dalla rimozione dell'atto⁷⁵.

Maggiore rigore applicativo da parte della Corte si registra poi in sede di attuazione della tecnica della modulazione ai giudizi incidentali di interpretazione. In tali casi la modulazione temporale viene ammessa ma solo in via assolutamente eccezionale e nel rispetto di condizioni rigorosamente interpretate⁷⁶.

Sul punto la Corte ha più volte precisato come un mero interesse finanziario ed economico non è da solo sufficiente a giustificare l'esercizio di tale potere⁷⁷ ma è

⁷⁵ CGUE, 7 luglio 1992, C- 295/90, *Parlamento c/Consiglio*, in *Racc.*, 1992, I-4193 nella quale la Corte ha mantenuto gli effetti della direttiva sul soggiorno degli studenti, affetta da un vizio meramente formale e il cui contenuto normativo essenziale non era messo in discussione né dalle Istituzioni né dagli Stati membri, in quanto il suo annullamento avrebbe pregiudicato il diritto di soggiorno che il Trattato garantisce agli studenti al fine di conseguire una formazione professionale.

⁷⁶ Sul carattere eccezionale del ricorso alla tecnica modulatoria nel contenzioso pregiudiziale del rinvio di validità si veda, tra le altre, GCUE, 27 marzo 1980, *Denkavit*, C-61/79, in *Racc.*, 1205, punto 17 “*Soltanto in via eccezionale la Corte di giustizia potrebbe essere indotta, in base ad un principio generale e di certezza del diritto inerente all’ordinamento giuridico comunitario, a limitare la possibilità degli interessati di far valere la disposizione così interpretata per rimettere in questione tali rapporti. Una limitazione del genere può tuttavia essere ammessa soltanto nella sentenza stessa relativa all’interpretazione richiesta. L’esigenza fondamentale dell’applicazione uniforme e generale del diritto comunitario implica la competenza esclusiva della Corte di giustizia a decidere sui limiti temporali ad apporre all’interpretazione ad essa data*”.

⁷⁷ CGUE, 20 settembre 2001, C-184/99, *Rudy Grzelczyk e centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve*, in *Racc.*, I-6193; CGUE, 31 marzo 1992, C-200/90, *Dansk Denkavit e Poulsen Trading*, in *Racc.*, I-2217; CGUE, 12 ottobre 2000, C-372/98, *Cooke*, in *Racc.*, I-8683. Si tratta di fattispecie nelle quali nonostante i governi nazionali avessero addotto la sussistenza di gravi ripercussioni economiche e finanziarie derivanti dalla restituzione dei tributi o tasse incamerate per effetto di disposizioni nazionali contrastanti con la corretta interpretazione della norma comunitaria, chiedendo quindi alla Corte di limitare l'efficacia temporale della propria sentenza interpretativa, la Corte si rifiutava di operare la modulazione ritenendo insussistente il requisito ulteriore della buona

necessario, in primo luogo, che i singoli o le autorità nazionali siano stati indotti ad un comportamento non conforme alla normativa comunitaria da un'obiettivo e rilevante incertezza circa la portata delle disposizioni comunitarie, alimentata dagli stessi comportamenti tenuti da altri Stati membri o dalla Commissione.

Per “condizioni di obiettiva incertezza” la Corte intende far riferimento alla sussistenza di situazioni in grado di compromettere l'esatta interpretazione del diritto europeo da parte degli Stati membri e tali da indurli in errore. Situazioni che sono state per lo più individuate dalla giurisprudenza comunitaria nell'assenza di un orientamento giurisprudenziale in merito alla norma rilevante, nella presenza di orientamenti oscillanti e contrastanti o di un importante caso di mutamento di un pregresso e consolidato orientamento giurisprudenziale e, talora, nell'ambiguità del contegno delle stesse Istituzioni europee nel dettare le direttive da seguire⁷⁸.

Deve, poi, sussistere il rischio di “gravi sconvolgimenti economico-sociali” dovuti all'elevato numero di rapporti giuridici costituiti in buona fede sulla base della normativa comunitaria ritenuta vigente e della sua interpretazione fino ad allora ritenuta valida a tutela, in sostanza, del legittimo affidamento riposto in tale interpretazione⁷⁹.

Quest'ulteriore criterio fa riferimento alle ripercussioni, specie di ordine finanziario, che deriverebbero da un'applicazione retroattiva della sentenza interpretativa e che, per assumere rilievo ai fini di una limitazione temporale degli effetti, devono presentare il requisito della gravità e serietà tale da superare l'esigenza di applicazione uniforme del diritto comunitario. Nel settore tributario, ad

fede da parte degli stati membri o le obiettive condizioni di incertezza sull'interpretazione corretta della normativa europea violata.

⁷⁸ Il concetto di condizioni di obiettiva incertezza è ben illustrato dalla stessa Corte nelle sentenze: CGUE, 15 marzo 2005, C-209/03, *Dany Bidar c/ London Borough of Ealing e Secretary of State for Education and Skills*, in *Racc.*, I-2119; CGUE, 2 febbraio 1988, C-24/86, *Vincent Blaizot/ Università di Liegi*, in *Racc.*, 1988, 379 relativamente all'assenza di un orientamento giurisprudenziale; CGUE, 16 luglio 1992, C-163/90, *Legros*, cit., e CGUE 9 marzo 2000, C-437/97, *EKW*, in *Racc.*, 2000, 1157 relativamente a scorrette interpretazioni ingenerate da condotte della stessa Commissione che nel primo caso aveva avallato una precedente decisione del Consiglio che approvava l'imposta locale contestata, nel secondo caso aveva rassicurato lo Stato membro circa la compatibilità con il diritto europeo di un'imposta locale poi ritenuta incompatibile dalla Corte di giustizia.

⁷⁹ Questi requisiti sono stati enunciati dalla Corte per la prima volta nella sentenza *Defrenne c. Sabena*, C-43/75, 8 aprile 1976, cit., e poi costantemente seguiti in tutte le pronunce successive: CGUE, 15 dicembre 1995, C- 415/93, *Union royale belge des sociétés de football association ASBL c. Jean-Marc Bosman*, in *www.eur-lex.eu.it*; CGUE, 2 febbraio 1988, C-24/86, *Vincent Blaizot c. Università di Liegi ed altri*, in *www.eur-lex.eu.it*; CGUE, 16 luglio 1992, C- 163/90, *Administration des Douanes et Droits Indirects c. Léopold Legros*, in *www.eur-lex.eu.it*; CGUE, 14 settembre 2006, C-228/05, *Stradasfalti Srl c. Agenzia delle Entrate – Ufficio di Trento*, cit.

esempio, il criterio è ritenuto sussistente dalla Corte quando il contenzioso riguardi un tributo nazionale particolarmente rilevante per il numero elevato di contribuenti tenuti al suo versamento e per il considerevole gettito fiscale introitato attraverso la sua riscossione⁸⁰.

Inoltre, mentre nel caso del giudizio di annullamento l'esercizio del potere modulatorio viene per lo più motivato sulla base di esigenze di certezza del diritto, in sede di giudizio di rinvio, l'uso del tutto eccezionale di tale potere si giustifica sulla scorta dell'esigenza di assicurare il rispetto del primato del diritto comunitario che sarebbe pregiudicato se si lasciassero sussistere gli effetti di una norma nazionale contrastante con il diritto comunitario.

Sotto il profilo procedurale l'esercizio del potere modulatorio, anche nei giudizi pregiudiziali, non è subordinato ad un'espressa domanda di parte in quanto, come chiarito dalla Corte, non costituisce una questione nuova ma un elemento intrinseco all'annullamento o una mera estensione della questione di invalidità o di interpretazione proposta, legittimandone pertanto l'adozione d'ufficio⁸¹.

5. *Il ricorso alla tecnica della modulazione temporale da parte degli Stati membri e i suoi rapporti con il diritto dell'Unione europea.*

Altro profilo interessante da esaminare riguarda il tema dei rapporti esistenti tra l'uso della tecnica della modulazione temporale da parte dei giudici nazionali e il diritto dell'Unione europea. Non a caso, uno degli aspetti dibattuti in sede di applicazione del potere di modulazione da parte del giudice amministrativo negli ordinamenti giuridici nei quali la tecnica si è affermata per via normativa o pretoria, è rappresentato dall'incidenza che la sua concreta attuazione è in grado di produrre sull'obbligazione gravante a carico degli Stati membri del rispetto del primato del diritto comunitario.

⁸⁰ Si vedano le pronunce della Corte di giustizia riportate nella precedente nota n. 67.

⁸¹ CGUE, 15 ottobre 1980, C-145/79, *Roquette Frères/Amministrazione doganale francese*, in *Racc.*, 1980, 2917.

Il tema si presta a essere analizzato da due differenti angolazioni⁸². Sotto un primo profilo, il diritto comunitario può venire in rilievo come ulteriore e fondamentale criterio che guida il giudice nazionale nella scelta di esercitare il proprio potere di modulazione a garanzia dell'esigenza del rispetto prioritario del diritto dell'Unione europea. Si pensi all'ipotesi in cui un atto amministrativo, ancorché illegittimo per l'ordinamento interno perché affetto da vizi di forma o procedurali, abbia tuttavia assicurato l'esecuzione di una direttiva comunitaria entro il termine stabilito o il rispetto di un regolamento comunitario. In questi casi l'annullamento retroattivo dello stesso genererebbe una violazione da parte dello Stato del rispetto del termine di trasposizione dando luogo a una forma di responsabilità per mancata o tardiva trasposizione di direttive europee o di violazione di norme comunitarie direttamente applicabili⁸³.

Molto più problematico e discusso è, invece, il rapporto esistente tra la tecnica della modulazione temporale e il principio del primato del diritto dell'Unione europea quando l'uso della stessa si ponga in contrasto con questo, in altre parole nelle c.d. ipotesi di *méconnaissance du droit de l'Union européenne*.

I due istituti, infatti, possono entrare in collisione ogni qual volta emerga la necessità di modulare gli effetti della portata retroattiva dell'annullamento di un atto amministrativo illegittimo per contrasto con una norma comunitaria direttamente applicabile. In questa circostanza, infatti, l'applicazione della tecnica modulatoria, consentendo di salvaguardare e di considerare come definitivi gli effetti che l'atto anticomunitario ha prodotto nel passato, o differendone l'annullamento *pro futuro*,

⁸² Per i rapporti tra il potere di modulazione temporale degli effetti di una sentenza di annullamento e il diritto comunitario si veda P. CASSIA, *La modulation dans le temps des effets d'une annulation et le droit communautaire*, in *AJDA*, 2005, 1025. Secondo l'autore il giudice amministrativo non può mai riconoscersi, né in applicazione del diritto comunitario né del diritto interno, il potere di limitare gli effetti di un annullamento consecutivo alla violazione da parte dei poteri pubblici del diritto comunitario in quanto, così facendo, comprometterebbe l'unità dell'ordinamento giuridico comunitario.

⁸³ Si tratta dell'affare CE, 25 février 2005, n° 247866, *France Télécom*, cit., nel quale veniva in rilievo l'illegittimità per un vizio di forma di una decisione dell'Autorità di regolazione delle telecomunicazioni attuativa di un regolamento comunitario. L'annullamento retroattivo di tale decisione avrebbe comportato un grave pregiudizio al rispetto della concorrenza tra gli operatori sul mercato delle telecomunicazioni tutelata dal regolamento comunitario, in quanto avrebbe avuto come effetto quello di far rivivere retroattivamente le precedenti tariffe d'accesso proposte agli operatori economici concorrenti considerate come non sufficientemente orientate verso i costi ed apertamente in contrasto con l'articolo 4 del regolamento comunitario. Per evitare questa grave conseguenza il CE valida gli effetti della decisione per il passato e lascia all'Autorità un termine di due mesi per adottare una decisione regolare.

permette la permanenza nell'ordinamento giuridico di una disposizione in contrasto con il diritto dell'Unione pregiudicandone il primato, oltre che a rendere più difficile l'esercizio da parte dei singoli dei diritti conferiti dall'ordinamento comunitario, con conseguente attentato al principio di effettività della tutela giurisdizionale⁸⁴.

La questione è stata oggetto di dibattito in alcuni ordinamenti nazionali, sebbene con esiti diversi.

Il *Conseil d'État* belga, ad esempio, ritiene necessario in questi casi proporre, preliminarmente all'uso della tecnica modulatoria, una questione pregiudiziale finalizzata a ottenere il consenso della Corte europea a mantenere provvisoriamente in vita l'atto nazionale anticomunitario da annullare⁸⁵. Questo nonostante la presenza nell'ordinamento intero di una disposizione normativa che autorizza espressamente il giudice amministrativo a esercitare il potere di modulare gli effetti delle proprie sentenze di annullamento di atti regolamentari⁸⁶. Ciò che viene chiesto alla Corte

⁸⁴ Ciò che accade anche quando la Corte di Giustizia annulla senza effetto retroattivo un atto individuale adottato dalle Istituzioni europee.

⁸⁵ Si richiama di recente la sentenza CGUE, Grande sez., 28 febbraio 2012, *Inter –Environment Wallonie ASBL, Terre wallonne ASBL/Région wallonne*, C-41/11, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 3/2013, 51, resa su domanda pregiudiziale proposta dal *Conseil d'État* Belgio. Nella fattispecie in esame il *Conseil d'État* belga era chiamato a pronunciarsi sul ricorso proposto da due associazioni ambientaliste per l'annullamento di un decreto del governo vallone con il quale, in adeguamento alla direttiva comunitaria sulla protezione delle acque dall'inquinamento provocato dai nitrati di fonte agricola, veniva modificato il Codice dell'ambiente in assenza, tuttavia, della preventiva acquisizione della valutazione ambientale richiesta dalla normativa comunitaria. Il *Conseil d'État*, accertata l'evidente illegittimità del decreto per violazione della direttiva 2001/42 che impone di sottoporre a valutazione ambientale i piani e i programmi suscettibili di produrre effetti significativi sull'ambiente, constatava al contempo che un annullamento retroattivo dell'atto avrebbe privato l'ordinamento belga di qualunque misura diretta alla trasposizione della direttiva 91/676 sulla protezione delle acque dall'inquinamento da nitrati di fonte agricola, generando effetti per l'ambiente ancora più pregiudizievoli di quelli derivanti dalla sua temporanea permanenza in vigore. Prima di far ricorso all'art 14 *ter* delle leggi coordinate che lo autorizza espressamente a considerare definitivi taluni effetti di atti regolamentari annullati, il *Conseil* ritiene necessario sottoporre la questione alla CGUE, in quanto l'esercizio di tale potere, anche se normativamente autorizzato, avrebbe impattato sull'obbligo generale gravante sugli Stati membri di rimuovere le conseguenze illecite di una violazione del diritto dell'UE, in virtù del principio di leale cooperazione.

⁸⁶ L'art. 14 *ter* delle leggi coordinate sul *Conseil d'État* in Belgio (LCCE) prevede: « *A la demande d'une partie adverse ou intervenante, et si la section du contentieux administratif l'estime nécessaire, elle indique ceux des effets des actes individuels annulés ou, par voie de disposition générale, ceux des effets des règlements annulés, qui doivent être considérés comme définitifs ou maintenus provisoirement pour le délai qu'elle détermine. La mesure visée à l'alinéa 1er ne peut être ordonnée que pour des raisons exceptionnelles justifiant de porter atteinte au principe de la légalité, par une décision spécialement motivée sur ce point et après un débat contradictoire. Cette décision peut tenir compte des intérêts des tiers* ». In sostanza l'ordinamento processuale belga, sin dal 1996, attribuisce al proprio supremo organo amministrativo il potere di temperare gli effetti delle proprie sentenze di annullamento, in deroga alla naturale retroattività che, anche in questo ordinamento, è considerata caratteristica essenziale di questa tecnica giurisdizionale, diversamente dalla abrogazione o disapplicazione. Il campo di applicazione della

europea, infatti, non è di pronunciarsi in generale sulla facoltà del giudice nazionale di esercitare un tale potere ma esclusivamente sulla possibilità di farne uso ogni qual volta il suo esercizio sia in grado di compromettere l'applicazione del diritto comunitario.

Interessante e ricca di spunti critici la risposta fornita dalla Corte di giustizia che autorizza, in via eccezionale, il giudice nazionale a mantenere in vita determinati effetti di un atto interno anticomunitario, purché il potere di modulazione gli sia già attribuito da una disposizione nazionale interna e solo ove ricorrano le seguenti condizioni: è necessario che a seguito dell'annullamento di tale atto venga a crearsi un vuoto giuridico che sarebbe ancora più pregiudizievole per l'interesse pubblico di rilevanza comunitaria (nel caso di specie la tutela dell'ambiente) e che il mantenimento degli effetti di un tale atto valga solo per il lasso di tempo strettamente necessario all'adozione delle misure in grado di rimediare all'illegittimità constatata⁸⁷.

In sostanza la sentenza, da un lato, conferma la stabile tendenza della Corte di giustizia di ritenere necessaria la sua preventiva autorizzazione all'esercizio del potere modulatorio quando a venire in rilievo è il mantenimento di effetti di un atto nazionale anticomunitario. Allo stesso tempo, la pronuncia non riconosce l'esistenza di un generale potere di modulazione degli effetti delle sentenze di annullamento in

tecnica modulatoria ha subito un notevole ampliamento. Originariamente era limitato ai soli atti regolamentari e a quelli che, pur non avendo tale qualificazione giuridica, erano atti amministrativi generali ed astratti con la sola esclusione, pertanto, degli atti individuali. Limitazione che era stata più volte censurata dinanzi la Corte costituzionale, la quale, tuttavia aveva sempre escluso che essa determinasse violazione del principio di uguaglianza, rientrando nella discrezionalità del legislatore stabilire quando le esigenze di sicurezza giuridica debbano prevalere rispetto al principio di legalità a cui presidio è posta la retroattività dell'annullamento. Oggi, a seguito della legge 6 gennaio 2014 relativa alla sesta riforma dello Stato, la natura dell'atto amministrativo impugnato è irrilevante ai fini dell'esercizio del potere. La nuova norma detta, inoltre, una serie di condizioni procedurali cui risulta subordinato l'esercizio del potere modulatorio. In primo luogo è necessario che il giudice vi faccia ricorso solo in casi eccezionali e in presenza di esigenze che giustifichino una deroga al principio di legalità. Sulla decisione del giudice di limitare l'efficacia retroattiva della sentenza va preliminarmente provocato il contraddittorio tra le parti e il capo della sentenza nella quale si stabilisce di mantenere determinati effetti prodotti dall'atto annullato in via definitiva o fino a un termine fissato deve contenere una specifica ed adeguata motivazione. Sul potere di modulazione temporale del giudice amministrativo belga si rinvia a P. NIHOUL, *La modulation dans le temps des effets d'un arrêt d'annulation du Conseil d'État belge*, in *RFDA*, 2013, 1301.

⁸⁷ Nel caso di specie, la cui peculiarità derivava dalla circostanza che l'atto anticomunitario era a sua volta atto di trasposizione di una direttiva UE, si richiedeva, altresì, che l'atto anticomunitario costituisse una misura di corretta trasposizione della direttiva e che l'adozione del nuovo atto nazionale, adottato previa acquisizione della VIA, non fosse da solo in grado di evitare gli effetti pregiudizievoli per l'ambiente che discendevano dall'annullamento.

capo ai giudici nazionali in mancanza di una norma interna che lo autorizzi. Ciò a dimostrazione, come da più parti sostenuto, dell'infondatezza del ragionamento opposto da alcuni giudici amministrativi nazionali - tra cui quello italiano e francese - che hanno basato l'autoattribuzione di tale tecnica anche sulla asserita esistenza di un implicito potere modulatorio desumibile dal diritto UE⁸⁸. Inoltre la Corte di giustizia conferma la portata del tutto derogatoria ed eccezionale delle norme processuali interne agli ordinamenti degli Stati membri che ammettono l'uso della tecnica, cui ritiene possibile far ricorso quando le medesime esigenze di tutela non siano soddisfacibili attraverso strumenti alternativi sia processuali che sostanziali.

In Francia, la medesima questione ha vissuto vicende alterne nella giurisprudenza del *Conseil d'État* che, nel tempo, ha finito con l'assumere posizioni diverse e discordanti.

In una prima fase, pur riconoscendo la contrarietà dell'atto impugnato alle norme comunitarie, il supremo organo di giustizia amministrativa francese ha ammesso il ricorso alla tecnica della modulazione, e conseguentemente il mantenimento in vigore dell'atto, tutte le volte in cui risultava che la sua rimozione retroattiva avrebbe prodotto conseguenze manifestamente eccessive per il sistema e per la sicurezza giuridica⁸⁹. Questo orientamento si poneva tuttavia in contrasto con la giurisprudenza della CGUE che, invece, ritiene necessario che il giudice nazionale sollevi, preliminarmente all'uso di tecniche giurisdizionali finalizzate a consentire la salvaguardia degli effetti di norme contrarie al diritto UE, una questione pregiudiziale dinanzi a sé, rivendicando la propria competenza esclusiva a statuire la

⁸⁸ Si vedano per tutte le sentenze Consiglio di Stato, 12 maggio 2011, n. 2817 e Conseil d'État, 11 maggio 2004, n. 255886, *Association AC!*.

⁸⁹ Si veda in proposito CE, 23 février 2005, *ATMMP*, n° 264712, in *BJCP*, 2005, n° 40, 194 Concl. D. CASAS.; più di recente CE, 17 juin 2011, *Canal +Distribution et autres*, n° 324816. Ancora più emblematica la sentenza CE, 27 octobre 2006, *Société Techna et autres*, n° 260767, in *RFDA*, 2007, 265 ss; e in *AJDA*, 2006, 2385 nella quale il *Conseil d'État*, facendo appello al principio di *sécurité juridique*, prolungava la sospensione di un articolo di un decreto con il quale si trasponeva una direttiva europea imponendo un'etichettatura più completa dei prodotti alimentari, concedendo in tal modo alle società coinvolte un termine maggiore di adeguamento alle nuove modalità di etichettatura dei prodotti volute dall'UE, ma allo stesso tempo ritardando e non consentendo il rispetto del termine concesso dall'UE per la trasposizione della direttiva. In questa circostanza il CE argomenta questa violazione del diritto comunitario sulla base della considerazione che la tutela della *sécurité juridique* è un valore riconosciuto non solo dal diritto interno ma dallo stesso ordinamento europeo.

permanenza nell'ordinamento di un atto interno contrario alle prescrizioni comunitarie⁹⁰.

Mutando il proprio originario orientamento, il *Conseil d'État* francese ha successivamente affermato il principio per cui non può farsi ricorso alla tecnica della modulazione temporale in presenza di un atto contrario al diritto comunitario, ove la stessa CGUE si sia rifiutata di far uso di tale potere nella decisione interpretativa resa sul medesimo atto, in sede di rinvio pregiudiziale operato dal giudice nazionale⁹¹. Si tratta, quindi, di un'evidente restrizione del campo di operatività della tecnica della modulazione temporale, giustificato dal primato del diritto UE che, tuttavia, di recente sembra essere stato nuovamente posto in discussione dal supremo giudice amministrativo. Il *Conseil d'État*, infatti, ha ammesso che la tecnica della modulazione possa consentire di differire nel tempo l'applicazione di una decisione resa dalla CGUE in sede di rinvio pregiudiziale quante volte l'applicazione della sentenza della Corte, non pronunciandosi sulla modulazione degli effetti temporali e imponendo, pertanto, l'annullamento immediato dell'atto interno, possa arrecare pregiudizio a un interesse generale - nel caso di specie il mantenimento di un livello alto di protezione per la salute umana⁹².

A fronte di queste incertezze interpretative e delle oscillazioni da parte della giurisprudenza amministrativa, il *Conseil d'État* francese ha da ultimo ritenuto opportuno sollevare la questione interpretativa in via pregiudiziale dinanzi alla CGUE. Attraverso il quesito posto è stato chiesto alla Corte di pronunciarsi in via

⁹⁰ In tal senso, CJUE, 9 mars 1978, *Administration des finances de l'État c/ SA Simmental*; CJUE, 30 septembre 2003, n° C-224/01, *Gerard Kobler c/Autriche*, in *AJDA*, 2003, 2146; CJUE, (Grande Chambre), 8 septembre 2010, *Winner Wetten GmbH*, aff. C-409/06; CJUE, 28 février 2012, n° C-41/11, *Inter-Environnement Wallonie ASBL*, in *AJDA*, 2012, 995 con nota di M. AUBERT, E. BROUSSY, F. DONNAT; in *RFDA* 2012, 961 con nota di C. MAYEUR-CARPENTIER, L. CLÉMENT-WILZ, F. MARTUCCI; in *Riv. quadr. dir. amb.*, n° 3, 2012, 66, con nota di A. GIUSTI, *La Corte di Giustizia interviene sul potere del giudice nazionale di modulare gli effetti dell'annullamento*.

⁹¹ Si tratta della sentenza CE, 28 mai 2014, n° 324852, *Association Vent de colere! Fédération national et autres*, in *RFDA*, 2014, 783, concl. C. LEGRAS; in *AJDA*, 2014, 1127. Per un commento della pronuncia si veda O. MAMOUDY, *Coup de vent sur la jurisprudence AC! dans le litiges relevant du droit de l'Union européenne*, in *AJDA*, 1784 ss.

⁹² Si tratta della sentenza CE, 23 juillet 2014, n° 349717, *Société Octapharma France*, in *AJDA*, 2014, 1581 con nota di J.-M. PASTOR, *Nouvelle adaptation de la jurisprudence AC !*, e 2315, con nota di O. MAMOUDY, *La jurisprudence AC! appliquée à une annulation pour méconnaissance du droit de l'Union européenne*; in *RFDA*, 2015, 387 con nota di C. MAYEUR CARPENTIER, *Les délais des effets d'une annulation*, in *Droit de l'Union européenne et droit administratif*. In realtà gli autori citati sono concordi nel ritenere che non si tratti di un caso in cui il *Conseil d'État* ha contraddetto la propria precedente giurisprudenza *Association Vent de Colère* in quanto, nel caso di specie, la *CJUE* adita in via pregiudiziale non si è pronunciata in senso negativo sulla possibilità di modulare gli effetti della propria sentenza interpretativa, non escludendo quindi tale possibilità.

definitiva sulla sussistenza o meno dell'obbligo per una giurisdizione nazionale di adire a titolo pregiudiziale la CGUE affinché sia la stessa ad autorizzare attraverso l'esercizio del potere modulare, il mantenimento in vigore di tutti o parte degli effetti prodotti da un atto anticomunitario o se, al contrario, come il *Conseil d'État* remittente ritiene, la stessa possa autonomamente svolgere questa valutazione senza necessità di operare il rinvio⁹³.

6. *Il potere di modulazione temporale della Corte europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Cenni.*

Per completare il quadro dell'analisi del fenomeno modulatorio a livello europeo può essere utile dedicare brevi cenni all'esame del potere di modulazione temporale delle sentenze rese da un altro organo giurisdizionale a carattere sovranazionale: la Corte europea dei diritti dell'uomo⁹⁴.

⁹³ CE, 26 juin 2015, n. 360212, *Association France nature environnement*. Nel caso sottoposto alla cognizione del *Conseil d'État* era stato impugnato un decreto relativo alla valutazione di piani e programmi aventi una incidenza sull'ambiente per violazione, tra gli altri *moyens* sollevati, dell'art. R. 122-27 del *Code de l'environnement* norma con la quale si era provveduto a trasporre nell'ordinamento giuridico interno una direttiva europea. Il *Conseil d'État* riteneva fondate parte delle censure, tra cui quella di anticomunitarietà dell'atto impugnato, tuttavia, riteneva opportuno far uso della tecnica di modulazione temporale in quanto l'annullamento parziale del decreto avrebbe comportato il travolgimento dell'insieme di piani e programmi adottati in applicazione delle disposizioni in esso contenute pregiudicando il livello di salvaguardia dell'ambiente da questi assicurato, arrecando danno tanto al principio di *sécurité juridique* che alla tutela dell'ambiente, entrambi interessi protetti anche dall'ordinamento UE, pronunciando un annullamento ad efficacia differita nel tempo e facendo salvi gli effetti *medio tempore* prodotti dal decreto. Tuttavia, posto che la violazione che veniva in rilievo concerneva la violazione del diritto comunitario, considerata la giurisprudenza della *CJUE* sul punto, il *Conseil d'État* decide di operare un rinvio pregiudiziale interpretativo alla *CJUE* ponendo il quesito riportato.

⁹⁴ Pur non potendoci soffermare sul tema della natura di questo organo giurisdizionale sovranazionale e sui suoi rapporti con l'Unione europea va comunque ricordato come, anche all'indomani dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (1 dicembre 2009) che ha sancito l'adesione dell'Unione europea alla Convenzione, la Corte resta un organo di diritto internazionale ben distinto dalla Corte di giustizia quale organo interno dell'UE e, quindi, a carattere comunitario, e come non possa ancora dirsi compiuto il processo di comunitarizzazione della Convenzione che resta norma di origine pattizia. Questo comporta, fra l'altro, come conseguenza, l'impossibilità per il giudice nazionale *a quo* che riscontri il contrasto tra una norma interna applicabile alla fattispecie controversa con una disposizione della Convenzione di disapplicare la norma interna, dovendo invece necessariamente transitare attraverso il controllo accentrato di costituzionalità, rispetto al quale la norma violata della Convenzione funge da parametro interposto. Tra l'altro con il parere n. 2/13 del 18 dicembre 2014 la Corte di Giustizia si è espressa negativamente circa il progetto d'accordo d'adesione dell'UE alla Convenzione presentatole nel 2013. Per un'analisi approfondita del ruolo svolto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, con particolare riferimento all'aspetto dell'influenza esercitata sui caratteri delle giurisdizioni amministrative nazionali, si rinvia a S. MIRATE, *Giustizia amministrativa e convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2007.

Anche quest'organo, infatti, conosce la tecnica modulatoria, sia pur con le peculiarità che derivano necessariamente dal diverso carattere delle sue sentenze rispetto a quelle pronunciate dalla Corte di giustizia. E' noto, infatti, come la Corte europea dei diritti dell'uomo non sia dotata di alcun potere di annullamento di atti delle Istituzioni, organi o organismi comunitari, né a maggior ragione di quelli dei governi nazionali dei Paesi aderenti alla Convenzione, ma attraverso le proprie pronunce la stessa è preposta ad accertare - su ricorso di individui singoli o di Stati e a seguito dell'esaurimento di tutti i mezzi di ricorso interni - che vi sia stata la violazione da parte di uno degli Stati aderenti attraverso le proprie misure nazionali di norme contenute nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali o in uno dei suoi protocolli addizionali e, per l'effetto, condannare lo Stato inadempiente ad adottare le misure che questo reputa più idonee a far cessare la riscontrata violazione, oltre a disporre un'equa riparazione a favore del danneggiato⁹⁵.

La circostanza per cui le pronunce emesse da questa Corte non rientrano a pieno titolo nella categoria delle sentenze costitutive renderebbe a prima vista superfluo domandarsi se anche questo organo giurisdizionale sia legittimato a praticare la tecnica della modulazione che, come si è visto, nasce a fronte dell'esigenza di mitigare gli effetti spesso catastrofici connessi alla naturale portata retroattiva dell'annullamento giurisdizionale e alla natura costitutiva della relativa sentenza⁹⁶.

⁹⁵ La competenza della Corte a pronunciarsi sulle conseguenze di una violazione della Convenzione europea è contenuta entro precisi limiti dall'art. 41 CEDU. Ai sensi di questa disposizione, «*se la Corte dichiara che vi è stata una violazione della Convenzione o dei suoi protocolli e se il diritto interno dell'Alta Parte contraente non permette di riparare, se non in modo incompleto, le conseguenze di tale violazione, la Corte accorda alla parte lesa, quando è il caso, un'equa soddisfazione*». Inoltre la Corte non può imporre agli Stati aderenti il tipo di misure esecutive da adottare per ottemperare alle proprie sentenze, trattandosi di facoltà rimessa ai singoli Stati sui quali grava esclusivamente l'obbligo di adeguamento.

⁹⁶ In realtà parte della dottrina evidenzia come le pronunce della Corte di Strasburgo non sarebbero qualificabili alla stregua di semplici sentenze di accertamento, ma si tradurrebbero in vere e proprie pronunce costitutive che, lungi dal produrre effetti nel solo caso oggetto di giudizio, imporrebbero allo Stato autore della violazione l'adozione di misure riparatorie con efficacia *erga omnes* e non solo limitatamente alla posizione giuridica del ricorrente che ha proposto il ricorso. In tal senso A. GIANANTI, *Riflessioni in ordine alla efficacia della Corte europea dei diritti umani e agli obblighi di riparazione a carico dello stato soccombente con particolare riferimento al caso Sejdic c/Italia*, in www.sioi.org.

Cionostante, anche la Corte europea dei diritti umani ha avvertito l'esigenza di autodotarsi di questo peculiare potere sin da tempi risalenti⁹⁷. Pur non avendo, infatti, carattere eliminatorio, né effetti precettivi immediati, le sentenze della Corte europea sono, tuttavia, produttive di determinati obblighi e diritti nei confronti delle parti del giudizio. Dalle stesse scaturisce l'obbligo dello Stato di eliminare le conseguenze della violazione riscontrata, ripristinando lo *status quo ante*, e il diritto per il cittadino coinvolto di ricevere una riparazione non solo in forma pecuniaria ma, ove possibile, anche in quella specifica attraverso una *restitutio in integrum*.

Nella fattispecie sottoposta alla sua cognizione, la Corte europea era chiamata a verificare la compatibilità con l'art. 8 CEDU della legislazione belga, nella parte in cui prevedeva che il legame familiare tra una madre e un figlio fosse stabilito non dalla nascita del figlio ma dal riconoscimento di fronte al giudice; oltre che con l'art. 1 del protocollo addizionale, in materia di tutela della proprietà, poiché il mancato riconoscimento di legami tra la figlia naturale ed i familiari della madre, almeno fino a quando questa non avesse contratto matrimonio, poneva delle limitazioni sia in ordine all'esercizio dei diritti successori spettanti alla figlia sui beni appartenenti ai parenti, sia in ordine alla corresponsione degli alimenti⁹⁸.

Nel pronunciare l'incompatibilità della normativa nazionale denunciata con entrambe le richiamate disposizioni della Cedu e del suo primo protocollo addizionale, la Corte ha avuto modo di delimitare gli effetti e la portata di tale dichiarazione di incompatibilità. Prendendo atto che il rispetto del valore della vita familiare derivante dal violato art. 8 della Convenzione, comportava il conseguente obbligo positivo da parte dello stato belga di intervenire attraverso l'adozione di provvedimenti di carattere normativo, essa ha ammesso, in nome del principio di sicurezza giuridica, che l'annullamento di tale regolamentazione per effetto dell'adeguamento dello Stato inadempiente alla pronuncia resa non avrebbe dovuto comportare necessariamente la rimozione di tutti gli atti giuridici già adottati e su di essa fondati.

⁹⁷ Si veda CEDU, 13 giugno 1979, *Marckx c/Belgio*, punto 58 in *Database Cedu*.

⁹⁸ In particolare, la violazione con l'articolo 8 CEDU, sotto il profilo del rispetto della vita familiare, viene individuata dalla Corte nell'insufficiente tutela assicurata dalla legislazione belga al figlio naturale e nel carattere discriminatorio della mancanza di chiamata a succedere fondata sul carattere non legittimo della filiazione.

In sostanza, l'uso della tecnica modulatoria da parte della Corte europea dei diritti umani è di tipo solo indiretto. Considerato che le proprie sentenze non hanno un'immediata efficacia caducatoria-ripristinativa ma solo obbligatoria per lo Stato condannato, e che al contempo l'adempimento di tale obbligo di adeguamento può comportare la necessità per lo Stato inadempiente di adottare provvedimenti normativi volti a rimuovere la precedente legislazione in materia, la Corte si è preoccupata di precisare che, ove da tale rimozione retroattiva possano scaturire gravi pregiudizi per la stabilità delle situazioni giuridiche già sorte sulla base della legislazione preesistente, lo Stato può limitare tale efficacia senza che il mantenimento degli atti preesistenti o degli effetti giuridici già prodotti dalla normativa nazionale anticonvenzionale costituisca inottemperanza alla sentenza della Corte.

7. Osservazioni conclusive: verso un modello generale di azione di annullamento comunitaria a carattere oggettivo e a effetti solo conformativi?

Al termine di quest'indagine complessiva sull'uso della tecnica modulatoria da parte della Corte di giustizia è utile provare a trarre alcune considerazioni di carattere generale che consentano di gettar luce su alcuni aspetti dibattuti del fenomeno modulatorio.

In apertura del capitolo ci si era chiesti se la circostanza che l'ordinamento dell'Unione, a differenza della maggior parte di quelli interni degli Stati membri, contempli espressamente a livello normativo il potere della Corte di modulare gli effetti delle proprie sentenze di annullamento, abbia costituito un limite al suo esercizio. Si tratta, infatti, di una delle critiche principali mosse dalla dottrina favorevole al riconoscimento di tale potere in via esclusivamente pretoria. Si ritiene, in proposito che la previsione in legge della tecnica costituirebbe un elemento di irrigidimento del sistema.

L'esame casistico della giurisprudenza analizzata consente di rispondere negativamente a tale interrogativo. Non solo l'esistenza della previsione normativa non ha costituito un ostacolo alla sua estensiva applicazione in via interpretativa al di fuori dei limiti fissati, ma la norma del trattato è forse volutamente ed opportunamente ampia e generica nella sua formulazione in modo da lasciare libero

l'interprete di modulare l'uso della tecnica in ragione delle specificità del caso concreto, come, di fatto, è avvenuto. In quest'ottica, la previsione normativa di tale potere, attraverso una disposizione non dettagliata nel suo contenuto precettivo, consente di mediare tra due opposte esigenze: da un lato risolvere il problema di fornire un fondamento legale all'esercizio di un potere eccezionale e derogatorio rispetto ai caratteri tipici della tutela costitutiva di annullamento, così superando molte delle resistenze opposte al suo riconoscimento; dall'altro garantire al giudice che si trovi a doverne fare applicazione ampi margini di manovra nell'adeguare l'uso dell'annullamento flessibile alle effettive peculiarità della fattispecie da regolare.

Altro aspetto a venire in rilievo è la natura del tipo di giurisdizione di cui risulta espressione l'esercizio del potere modulare da parte dei giudici europei. L'analisi dei casi pratici in cui la Corte di giustizia ha fatto concretamente uso di tale potere sembra mostrare come, nell'ordinamento comunitario, lo strumento sia principalmente utilizzato a tutela dell'interesse pubblico coinvolto più che della posizione giuridica individuale del ricorrente e che, pertanto, esso si presti ad essere inquadrato come espressione di una forma di giurisdizione oggettiva più, che come strumento volto a garantire l'effettività della tutela del singolo.

Ciò è tanto più vero nei casi in cui la Corte esercita tale potere nei giudizi pregiudiziali, specie in quelli interpretativi. In tali casi, come si è potuto vedere, la prevalenza dell'interesse finanziario e della tenuta del sistema economico interno di uno Stato membro induce spesso la Corte a rendere recessiva la tutela dei singoli contribuenti che abbiano versato imposte indebite, perché riconosciute incompatibili con l'ordinamento comunitario, in quanto la realizzazione di tali interessi particolari si risolverebbe in un grave pregiudizio per l'interesse pubblico all'equilibrio economico-finanziario autorizzando rimborsi ingenti. Lo stesso accade quando il potere modulatorio si estrinseca nella sua forma più estrema, ovvero nell'eliminazione dello stesso effetto caducatorio dell'atto riconosciuto illegittimo, come spesso avviene quando a essere impugnati sono atti generali, come piani urbanistici, e a essere compromesso dall'effetto costitutivo dell'azione di annullamento è la tutela dell'ambiente o della salute.

In sostanza, ciò che sembra emergere dall'analisi delle pronunce in tema di uso del potere modulare a livello comunitario è come di fronte alla tutela di interessi

connotati da una rilevante dimensione pubblicistica – ambiente, concorrenza, stabilità finanziaria - le esigenze di tutela dell'interesse pubblico finiscono con il prevalere su quelle individuali del ricorrente, giustificando un sacrificio del principio di effettività della tutela. In questo senso la tecnica modulatoria finirebbe con il diventare ulteriore strumento di derivazione comunitaria volto a imprimere alla giurisdizione interna dei Paesi membri una svolta in senso oggettivistico in controtendenza al processo di soggettivazione in atto⁹⁹.

Il discorso, tuttavia, non è così rigido e assolutistico.

In primo luogo va evidenziato come più che giurisdizione oggettiva, in nome della quale l'annullamento sarebbe obbligatorio perché la tutela della legalità oggettiva imporrebbe la rimozione *ex tunc* di un atto illegittimo, si tratti piuttosto di un contemperamento di interessi.

Inoltre, se è vero che nelle circostanze in cui la Corte di giustizia fa uso del potere modulare a prevalere sembra essere l'interesse pubblico - tanto da far assurgere la tecnica modulatoria a strumento di tutela dello Stato membro piuttosto che del singolo - non va tuttavia sottaciuto come, tanto nel caso di limitazione temporale degli effetti delle sentenze interpretative quanto nell'ipotesi di esclusione dell'effetto caducatorio nell'azione di annullamento, la Corte ammetta l'esercizio del potere modulare solo in presenza di vizi meramente formali dell'atto. Ovvero ai casi in cui il suo annullamento retroattivo o la stessa portata costitutiva della sentenza di annullamento in realtà non sarebbe pienamente soddisfattivo dell'interesse sostanziale del ricorrente, in quanto si risolverebbe in un annullamento inutile e in una vittoria del tutto platonica.

⁹⁹ In modo non dissimile a quanto già avvenuto, ad esempio, in materia di contratti pubblici, dove l'influenza esercitata dal diritto comunitario ha portato, nell'ordinamento nazionale, all'introduzione della disciplina dettata dagli artt. 121 e 122 c.p.a. Come si è già approfondito nel capitolo I al quale si fa rinvio, tali norme attribuiscono al giudice amministrativo ampi poteri di statuire sulla sorte del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, privilegiando la perduranza del rapporto contrattuale già instaurato nel prevalente interesse pubblico, con sacrificio delle ragioni individuali del ricorrente illegittimamente pretermesso. Ed in tal senso sono espressione di un processo di oggettivizzazione della tutela giurisdizionale. Lo stesso dicasi per l'influenza esercitata dal diritto comunitario in tema di rapporti tra ricorso principale ed incidentale; all'attribuzione di una speciale legittimazione *ex lege* all'Autorità garante della concorrenza e del mercato di una legittimazione che la legittima ad impugnare gli atti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato (art. 21 bis della l. 287/1990 introdotto dal DL 201/2011); all'introduzione dell'azione per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari dei servizi pubblici, c.d. *class action*, prevista dal d.lgs. 198/2009, finalizzata non alla tutela di un interesse sostanziale individuale, ma al corretto svolgimento della funzione o erogazione di un servizio.

In altri termini, i casi in cui la Corte di giustizia fa uso del potere modulare sono per lo più fattispecie in cui, sebbene venga data prevalenza alla tutela dell'interesse generale, in presenza di alcuni super-interessi, di fatto non sempre si concretizza una reale lesione di quello individuale del ricorrente, in quanto si tratterebbe ad ogni modo di un annullamento non funzionale.

Come già evidenziato nell'esaminare i risvolti pratici dell'uso della tecnica di modulazione in alcuni degli ordinamenti nazionali europei non è così agevole stabilire se l'esercizio del potere modulatorio costituisca in assoluto un indice di soggettivizzazione della tutela giurisdizionale offerta – come spesso viene autodichiarato dal giudice amministrativo nelle sentenze in cui vi fa ricorso¹⁰⁰ - o se invece nasconda l'esigenza di garantire una migliore tutela all'interesse pubblico. Nella maggior parte dei casi osservati, infatti, le due esigenze viaggiano parallelamente perché ci si trova spesso al cospetto di pretese sostanziali del ricorrente che non trovano nel classico rimedio dell'annullamento una piena protezione ma che, al contempo, ove accolte, genererebbero effetti ancora più devastanti per l'interesse pubblico rispetto a quelli derivanti dalla permanenza in vita dell'atto illegittimo o di alcuni degli effetti già prodotti. Si tratta delle ipotesi, non rare, in cui il ricorrente domanda l'annullamento dell'atto, lamentando che esso tuteli non sufficientemente determinati interessi, allo scopo di ottenere, in sede di riesercizio del potere da parte della pubblica amministrazione, un livello di tutela più elevato rispetto a quello, minimo, comunque assicurato dal provvedimento impugnato. E' evidente che, in tali casi, l'effetto demolitorio sarebbe addirittura dannoso perché eliminerebbe del tutto anche quel minimo di tutela che il provvedimento illegittimo comunque assicura al privato, mentre sarebbe assolutamente pregiudizievole per il sottostante interesse pubblico, privando il bene protetto anche di quel minimo di tutela offerta.

In definitiva, quello che si denota - come già osservato in dottrina - è come l'interesse pubblico sia senza dubbio divenuto un fattore di forte condizionamento della tutela giurisdizionale; ciò tuttavia, non in modo assoluto, ma sempre nel quadro

¹⁰⁰ Il riferimento è alla sentenza del Consiglio di Stato italiano, 12 maggio 2011, 2817, in *Urb. app.*, 2011, n. 1347, dove la neolaborata tecnica modulatoria viene dichiarata come strumento di attuazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale di derivazione comunitaria ed oggi espressamente recepito dall'art. 1 del c.p.a.

di un bilanciamento di interessi delle parti che induce il giudice a farlo prevalere quando il suo sacrificio appaia estremamente sbilanciato rispetto all'utilità concreta ed effettiva che il ricorrente potrebbe trarre dall'annullamento dell'atto illegittimo¹⁰¹.

Altro aspetto a venire in rilievo in merito al potere modulatorio del giudice comunitario è la tendenza da parte degli ordinamenti nazionali in cui la tecnica non è normativamente prevista (bensì frutto di un processo di autoattribuzione), di giustificare l'introduzione per via pretoria attraverso il ricorso alla previsione dell'art. 263 TFUE. Secondo i giudici nazionali, se tale potere spetta al principale organo giurisdizionale europeo non può, in virtù di un principio di non contraddizione, non essere riconosciuto anche ai giudici interni cui è affidato proprio il ruolo di collaborare con la Corte per garantire l'omogenea attuazione del diritto comunitario, secondo l'interpretazione qualificata dalla stessa fornita.

Ciò è tanto più sostenuto quando si è in presenza di controversie che vertono su materie di competenza dell'Unione e quando vengono in considerazione interessi pubblici di rilievo sovranazionale, come si è visto per la tutela ambientale. In questi casi, infatti, la necessità di garantire a tali interessi un livello di protezione non inferiore a quello preteso dagli *standards* europei può rendere indispensabile derogare in tutto o in parte alla natura costitutiva dell'azione di annullamento o limitarne l'efficacia retroattiva, lasciando inalterati alcuni degli effetti già prodotti dall'atto annullato.

In sostanza si tende a individuare nell'ordinamento comunitario un principio processuale di carattere generale, implicito nel sistema, che consentirebbe di estendere agli ordinamenti nazionali degli Stati membri la praticabilità di un'azione di annullamento a carattere non necessariamente costitutivo e retroattivo, quando ciò risulti funzionale alla tutela di interessi di matrice comunitaria o a garantire l'applicazione del diritto dell'Unione europea. In queste circostanze la giurisprudenza comunitaria autorizzerebbe i giudici nazionali a non eliminare il provvedimento impugnato, pur avendone accertata l'illegittimità, preservandone l'efficacia fino alla sua sostituzione ad opera dell'amministrazione.

In realtà, non si dispone allo stato attuale di indicazioni utili da parte della Corte di giustizia che autorizzino a pervenire a questa soluzione. Come si è visto

¹⁰¹ In tal senso anche S. TORRICELLI, *op. cit.*, 270 ss.

sopra, nelle sentenze pregiudiziali in cui è stato richiesto alla Corte di pronunciarsi sulla facoltà per gli Stati membri di fare uso del potere modulare per mantenere temporaneamente in vita gli effetti di un atto nazionale anticomunitario, la risposta della Corte si è sempre limitata a prendere atto dell'esistenza di una norma processuale interna che già prevedesse tale potere ma non si è mai sinora mossa nel senso di riconoscere l'esistenza implicita di poteri derivanti dal proprio ordinamento.

La stessa dottrina si è mostrata per lo più contraria alla configurabilità di tale modello sovranazionale di azione di annullamento priva di carattere costitutivo e tendenzialmente protesa alla tutela di interessi pubblici, rilevando come non si tratterebbe semplicemente di recepire un principio comunitario ma di applicare una norma eccezionalmente prevista per un giudizio ad altro giudizio, operazione non consentita attesa, tra l'altro, la portata del tutto derogatoria del potere in questione¹⁰².

Si è, inoltre, obiettato come il riconoscimento di siffatta azione non comporterebbe alcun tipo di vantaggio ulteriore non già ottenibile ricorrendo alle norme o alle tecniche già esistenti negli ordinamenti interni di molti Stati membri finalizzate a evitare la pronuncia di annullamenti privi di qualsiasi efficacia realmente soddisfattiva per il ricorrente.

Se, infatti, la Corte di giustizia ammette che l'uso della tecnica modulatoria possa spingersi a negare l'effetto costitutivo della rimozione dell'atto solo in presenza di vizi meramente formali e, quindi, di annullamenti privi di utilità sostanziale per il ricorrente, non sarebbe necessario spingersi a ipotizzare un'azione di annullamento non costitutiva, essendo sufficiente ricorrere, ad esempio, all'art. 21 *octies* della legge 241/90, per quanto riguarda l'ordinamento italiano, o alla tecnica dei *vices non substantielles* per quello francese¹⁰³.

¹⁰² In tal senso E. FOLLIERI, *L'ingegneria processuale del Consiglio di Stato*, in *Giur. it.* 2012, 442.

¹⁰³ Sulla possibilità di trarre dall'ordinamento comunitario un generale principio di diritto processuale che autorizzi gli Stati membri ad escludere l'efficacia costitutiva delle sentenze di annullamento degli atti amministrativi dichiarati illegittimi, oltre che sulla configurabilità di un modello comunitario di azione di annullamento di diritto oggettivo si esprime in senso negativo A. GIUSTI, *La Corte di Giustizia interviene sul potere del giudice nazionale di modulare gli effetti dell'annullamento. Nota a sentenza (commento a Corte di giustizia dell'Unione Europea, Grande Sez., 28 febbraio 2012, Inter-Environnement Wallonie ASBL, Terre wallonne ASBL/Région wallonne, Causa C-41/11)*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, n° 3, 2012, 66. L'autrice sostiene come "Le soluzioni delle Corti di giustizia rischiano di irrigidire i contenuti della tutela di annullamento, con un sostanziale arretramento rispetto alle posizioni raggiunte dai giudici nazionali".

Occorre tuttavia considerare che - come visto - nella sua concreta applicazione pratica la tecnica modulatoria non è stata utilizzata dalla Corte solo ed esclusivamente a fronte di vizi formali dell'atto anticomunitario, ma pure in presenza di difformità sostanziali dallo schema legale di riferimento. Con l'unica differenza che, in tali casi, proprio in ragione della maggiore gravità della forma di illegittimità contestata, la Corte applica uno scrutinio più rigido al fine di modulare l'efficacia temporale della propria sentenza. Solo nei casi in cui esclude del tutto l'efficacia costitutiva della sentenza di annullamento o ove applichi la tecnica modulatoria al giudizio di interpretazione l'uso della tecnica è per lo più limitato ai soli vizi formali, in ragione della eccezionalità e straordinarietà dello strumento.

CAPITOLO QUARTO

IL POTERE DI MODULAZIONE TEMPORALE IN PROSPETTIVA COMPARATA

SOMMARIO: *1. Considerazioni introduttive. 2. L'Anfechtungsklage nell'ordinamento tedesco: l'art. 113 del VwGO e le peculiarità del potere modulare del giudice. 3. La tecnica del remand without vacation delle corti statunitensi: la discrezionalità di equity nell'ambito degli statutory reviews e il difficile equilibrio tra principio di legalità e tradition of remand discretion. 4. Il caso del Regno Unito: l'undue delay e la discrezionalità del giudice nella valutazione dei presupposti processuali e nella scelta dei rimedi azionabili. 5. Considerazioni conclusive. Il potere di modulazione temporale in prospettiva comparata: verso un progressivo processo di convergenza dei modelli processuali?*

1. Considerazioni introduttive.

Il capitolo è dedicato a un'indagine comparata, sia pur necessariamente più sintetica, con altri ordinamenti giuridici che presentano aspetti interessanti in ordine al tema della modulazione temporale e dell'annullamento flessibile.

In particolare, ci si sofferma sull'analisi della tecnica modulatoria nell'ambito dell'ordinamento giuridico tedesco. Poste le necessarie premesse in ordine al modello di processo amministrativo vigente in Germania, il capitolo analizza la natura della sentenza di annullamento resa all'esito dell'esperimento dell'*Anfechtungsklage* - la tipica azione di impugnazione tedesca - evidenziandone i tratti distintivi che valgono a differenziarla dall'azione di annullamento italiana e, ancor di più, da quella *pour excès de pouvoir* francese, soffermandosi in modo particolare sulla "flessibile" portata costitutiva e retroattiva dell'azione.

Si esaminano poi i riflessi dell'uso della tecnica in due sistemi di *common law*, quello inglese e statunitense. Si tratta, infatti, di ordinamenti che condividono

con quello nazionale la natura costitutiva e retroattiva della sentenza di annullamento dell'atto amministrativo illegittimo ma che, al contempo, conoscono e praticano strumenti particolari tesi ad attenuarne gli effetti eccessivi e pregiudizievoli.

Dopo aver brevemente analizzato le peculiarità dei due sistemi processuali e i loro elementi di differenziazione rispetto al modello processuale a *droit administratif*, tipico dei sistemi europei continentali, ci si sofferma sulla natura, gli effetti e la portata delle rispettive sentenze di annullamento, oltre che sull'ampiezza dei poteri delle corti nello statuire sugli effetti delle proprie pronunce.

La sintesi complessiva delle diverse esperienze esaminate ha l'obiettivo di verificare la possibilità di configurare un nuovo modello generale di azione di annullamento a carattere non necessariamente costitutivo e retroattivo e un rinnovato ruolo del "giudice amministrativo", riflettendo sui margini di compatibilità che questo presenta con il principio di separazione dei poteri e la riserva di amministrazione.

Allo stesso tempo, essa consente di indagare sul processo di convergenza in atto tra modelli europei e di progressivo avvicinamento tra il sistema amministrativo proprio dei paesi di *civil law* e quello dei sistemi a *common law* del quale la tecnica della modulazione e il ricorso a forme di annullamento flessibile dell'atto amministrativo costituisce ulteriore indice sintomatico, segnando il passaggio verso una figura sempre più condivisa di "giudice amministrativo".

2. *L'Anfechtungsklage nell'ordinamento tedesco: l'art. 113 del VwGO e le peculiarità del potere modulare del giudice.*

La comparazione con l'ordinamento giuridico tedesco offre interessanti spunti di riflessione sul tema esaminato della modulabilità temporale degli effetti della sentenza di annullamento e sulla possibilità di configurare un modello generalmente valido di annullamento flessibile degli atti amministrativi.

Il sistema tedesco, infatti, condivide con quelli sinora esaminati la natura costitutiva dell'azione di annullamento del provvedimento amministrativo e, pertanto, il carattere retroattivo della pronuncia demolitoria dell'atto illegittimo. Tuttavia, esso accoglie un concetto di retroattività della sentenza di annullamento

non esattamente coincidente, perché meno rigido ed improntato ad una maggiore flessibilità temporale, consentendo di far decorrere gli effetti della pronuncia da un momento diverso da quello dell'emanazione dell'atto dell'accertamento della sua illegittimità, sia pur con evidenti e non trascurabili differenze rispetto a quanto accade in sede di applicazione della tecnica modulatória da parte del giudice.

Il modello del processo amministrativo tedesco si inquadra propriamente in quello dei paesi continentali in quanto caratterizzato dalla presenza di un giudice speciale distinto da quello ordinario, deputato alla risoluzione di controversie tra pubblica amministrazione e cittadino, oltre che da un sindacato sugli atti amministrativi, sia pur in modo non esclusivo, alla verifica della legittimità dell'esercizio dei poteri pubblici¹.

Si tratta, pertanto, di un sistema di giustizia amministrativa tipico dei paesi a *droit administratif*, dai quali tuttavia si contraddistingue, oltre che per una sua regolamentazione essenzialmente normativa e non di matrice pretoria, per la spiccata natura soggettiva della giurisdizione esercitata nell'ambito della quale il sindacato di legittimità è funzionale alla tutela della posizione giuridica individuale del privato ricorrente, che assume la consistenza di un vero e proprio diritto pubblico soggettivo, più che alla funzione di controllo oggettivo svolto nell'interesse pubblico della legalità dell'azione amministrativa, funzione quest'ultima che resta dunque sullo sfondo e non vale a connotare il rimedio azionato².

¹ Il riferimento è alla *Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO)*, la legge del 1 aprile 1960 che disciplina il processo amministrativo tedesco, per la quale si rimanda a G. FALCON, C. FRAENKEL-HAEBERLE, *Ordinamento processuale amministrativo tedesco (VwGO)*, Trento, 2000, 3 ss. Per un'esposizione generale del sistema, R. BIFULCO, *La giustizia amministrativa nella Repubblica federale di Germania*, in *Gli ordinamenti europei della giustizia amministrativa*, (a cura di) G. RECCHIA, Padova, 1996, 255 ss.; A. MASUCCI, *La legge tedesca sul processo amministrativo*, Milano, 1991, 1 ss.; M. SALVATI, *Sull'ordinamento federale della giurisdizione amministrativa tedesca*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1962, 180 ss.; S. LESSONA, *Principi del sistema della giurisdizione amministrativa nella Repubblica federale di Germania*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1965, 295 ss.; D. EHLERS, *VwGO Kommentar, Munich*, C.H. Beck, 2002, 13, in *Schoch/Schmidt-ABmann/Pietzner*; D. DE PRETIS, *Il processo amministrativo in Europa. Caratteri e tendenze in Francia, Germania, Gran Bretagna e nell'U.E.*, Trento, 2000.

² Per un'analisi del sistema di giustizia amministrativa in Germania si segnalano, nella letteratura in lingua italiana, A. MASUCCI, *La legge tedesca sul processo amministrativo*, in quaderno di *Diritto processuale amministrativo*, Milano, 1991; R. BIFULCO, *La giustizia amministrativa nella Repubblica Federale Tedesca*, in G. RECCHIA (a cura di), *Ordinamenti europei di giustizia amministrativa*, in *Trattato di diritto amministrativo*, (diretto da) G. SANTANIELLO, Padova, Cedam, 1996. Nella letteratura in lingua tedesca C.H. Ule, *Verwaltungsprozeßrecht*, 9^o, Aufl., München, Beck, 1987; F. HUFEN, *Verwaltungsprozeßrecht*, 3^o Aufl., Beck., München, 1998; K. STERN, *Verwaltungsprozessuale Probleme in der öffentlich-rechtliche Arbeit*, 7^o Aufl., München, Beck, 1995; W.-R. SCHENKE, *Verwaltungsprozeßrecht*, Heidelberg, C.F. Muller Verlag, 1997; H.-U. ERICHSEN, W. HOPPE, A. v.

La natura prettamente soggettiva della giurisdizione amministrativa emerge, tra gli altri elementi, dall'ampiezza delle tipologie di azioni esercitabili dal privato contro i pubblici poteri, in grado di assicurare una reale tutela piena ed effettiva anche alla categoria degli interessi pretensivi del privato.

Non è un caso che l'ordinamento tedesco conosca sin dal 1960 l'azione di adempimento (*Verpflichtungsklage*) che, invece, nel nostro ordinamento ha trovato un riconoscimento normativo, grazie alle forti sollecitazioni della giurisprudenza, solo di recente, a seguito del secondo correttivo al codice del processo amministrativo, tra l'altro con temperamenti tali da farne un'azione priva di autonomia processuale ed esercitabile solo a fronte di attività vincolata o a discrezionalità esaurita³. Accanto all'azione di adempimento trova, inoltre, codificazione l'azione di mero

MUTIUS (herausgegeben von), *System des verwaltungsrechtlichen Rechtsschutzes, Festschrift für Christian-Friedrich Menger*, Köln, Berlin, Bonn, München, Carl Heymann Verlag KG, 1985.

² La *Verwaltungsgerichtsordnung* ovvero la legge tedesca sul processo amministrativo risale al 1960 ed è costantemente oggetto di implementazioni ad opera del legislatore tedesco, e solo raramente per effetto di interventi di carattere giurisprudenziale. In ciò si noti la profonda differenza con l'ordinamento italiano dove l'elaborazione di un codice del processo amministrativo si è avuto solo nel 2010, mentre fino a quel momento la sua disciplina oltre che la tipologia di azioni esperibili al suo interno è stato interamente affidata all'opera pretoria della giurisprudenza amministrativa di cui, tra l'altro, il codice si è limitato in più punti a recepirne gli esiti consolidati. Lo stesso vale maggior ragione per il sistema di giustizia amministrativa in Francia dove un ruolo predominante è stato e continua ad essere svolto dal *Conseil d'État*.

³ Si tratta dell'azione disciplinata da §§ 42 e 113 della *Verwaltungsgerichtsordnung – VwGO* del 1960. La *Verpflichtungsklage* è un'azione volta a contrastare l'illegittimo diniego di un provvedimento ampliativo o il silenzio-inadempimento della pubblica amministrazione, attribuendo al giudice un potere sostitutivo in caso di provvedimenti vincolati, oppure un accentuato potere propulsivo in caso di attività discrezionale. In altri termini, il contenuto dell'obbligo di provvedere varia a seconda che il giudice, all'esito dell'istruttoria processuale, ritenga o meno la questione matura per la decisione (*wenn die sache spruchreif ist*): in caso positivo, condanna l'amministrazione a porre in essere esattamente l'attività richiesta dal ricorrente; in caso contrario, residuando margini di discrezionalità e non configurandosi una sola possibile determinazione già individuabile con precisione in sede giurisdizionale, si limita ad ordinare all'amministrazione di provvedere in conformità alla regola sancita nella sentenza (*Rechtsauffassung*), condizionando in modo significativo l'attività amministrativa posta in essere in sede di riesercizio del potere. In definitiva, diversamente da quanto accade nel nostro ordinamento nazionale, la discrezionalità amministrativa non costituisce in assoluto un limite all'accesso alla tutela in forma specifica offerta dall'azione di adempimento, impedendo solo una condanna all'adozione di un provvedimento specifico dal contenuto predeterminato ma comportando ad ogni modo una forte riduzione del grado di discrezionalità del potere amministrativo in fase di riedizione. Per un esame più approfondito dell'azione di adempimento si rinvia, nella letteratura tedesca, a C. BICKENBACH, *Das Bescheidungs Urteil als Ergebnis einer Verpflichtungsklage-Streitgegenstand, verfassungsrechtliche Grundlagen, verwaltungsprozessrechtliche Voraussetzungen, Wirkungen*, Berlin, 2006; P. HANNI, *Die Kòage auf Vornahme einer Verwaltungshandlung*, Freiburg, 1988; A. JUNHKE, *Die Passivlegitimation bei Anfechtung – und Verpflichtungslage*, Trier, 1985; O. BACHOF, *Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung*, Tübingen, 1968. Sull'azione di adempimento tedesca si rinvia, nella letteratura italiana, a M. CLARICH, *L'azione di adempimento del sistema di giustizia amministrativa in Germania: linee ricostruttive e orientamento giurisprudenziale*, in *DP AMM*, 1985, 60; C. FRAENKEL-HAEBERLE, *Giurisdizione sul silenzio e discrezionalità amministrativa*, Trento, 2004.

accertamento o in contestazione⁴. Ulteriori elementi significativi di una forte soggettivizzazione del sistema di giustizia amministrativo tedesco vanno poi identificati nella previsione di un sistema di misure cautelari atipiche proponibili anche *ante causam*⁵, oltre che nella esperibilità di un apposito rimedio giurisdizionale contro l'inerzia dell'amministrazione proponibile una volta che sia decorso il termine dilatorio di tre mesi⁶.

La previsione di un sistema rimediale più articolato e complesso a tutela delle posizioni giuridiche individuali a fronte dell'illegittimo esercizio dei poteri pubblici non toglie che, anche in questo ordinamento giuridico, la tutela giurisdizionale contro un provvedimento amministrativo sfavorevole si attui, in via primaria, attraverso il rimedio demolitorio finalizzato alla rimozione dell'atto lesivo (*Beseitigungsanspruch*) e al conseguente ripristino dello *status quo ante* (*Folgenbeseitigungsanspruch*) che, pertanto, riveste anche in questo sistema un ruolo e una funzione centrale⁷.

Si tratta dell'*Anfechtungsklage*, la tipica azione di impugnazione tedesca disciplinata all'art. 42 della *VwGO* e diretta contro i soli atti amministrativi, ovvero i provvedimenti a carattere unilaterale, individuale e concreto - esclusi pertanto gli atti normativi e regolamentari – preordinati alla tutela di un diritto pubblico soggettivo. Coerentemente con la natura soggettiva della giurisdizione di legittimità, la finalità

⁴ Si tratta della *Feststellungsklage*, prevista dal § 43 *VwGO*, finalizzata ad accertare i termini di un rapporto giuridico tra amministrazione ed amministrato in via sussidiaria, quante volte a tale accertamento non sia consentito pervenire attraverso la proposizione di un'azione costitutiva o di condanna. Nell'ambito di questa più ampia categoria sono poi codificate due particolari forme di azioni dichiarative: quella tesa all'accertamento della nullità di un atto amministrativo (*Nichtigkeitsfeststellungsklage*) e quella proposta come prosecuzione di una precedente azione di impugnazione o di condanna nell'ambito delle quali le questioni, sia pur sollevate, non abbiano potuto essere esaminate nel merito o perché sia venuto meno l'interesse all'impugnazione nel corso del giudizio o perché il provvedimento impugnato per illegittimità abbia esaurito i propri effetti mentre il giudizio di impugnazione risultava pendente. Si tratta in quest'ultimo caso della c.d. azione di accertamento in prosecuzione disciplinata dal § 113 *VwGO* (*Fortsetzungsfeststellungsklage*).

⁵ Si tratta delle misure previste dal § 123 *VwGO* che prevede, accanto alla tipica misura meramente inibitoria della sospensione cautelare, il potere del giudice di porre in essere tutti i provvedimenti provvisori necessari non solo di tipo meramente confermativo ma anche finalizzati alla provvisoria disciplina del rapporto tra privato e amministrazione.

⁶ Si fa riferimento all'azione disciplinata dal § 75 *VwGO*.

⁷ In tal senso C. FRAENKEL-HAEBERLE, *Stabilità e contendibilità del provvedimento nell'ordinamento tedesco*, in *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo nella prospettiva comparata*, (a cura di) G. FALCON, D. DE PRETIS, cit., 131.

dell'azione non è assicurare il ripristino della legalità oggettiva, quanto, piuttosto, garantire la protezione della posizione azionata⁸.

La sua esperibilità è anche qui assoggettata ad un termine decadenziale di trenta giorni, più breve quindi di quelli concessi negli altri ordinamenti a *droit administratif* sinora esaminati, che decorre dalla data della comunicazione, pubblicazione o piena conoscenza dell'atto lesivo, con la precisazione che, a differenza di quanto previsto nell'ordinamento nazionale, la proposizione del ricorso produce un automatico effetto sospensivo della provvisoria efficacia esecutiva dell'atto amministrativo oggetto di contestazione⁹.

L'impugnazione del provvedimento dinanzi al giudice amministrativo non è diretta ma deve essere preceduta da un ricorso proposto all'amministrazione che ha emanato il provvedimento (*Widerspruch*), da proporre entro il termine di trenta giorni¹⁰. Solo dopo che il rimedio amministrativo proposto sia stato respinto è

⁸ In ciò si denotano i due principali aspetti di differenziazione tra l'*Anfechtungsklage* e il *recours pour excès de pouvoir*: la prima è un'azione espressione di una forma di giurisdizione tipicamente soggettiva a tutela di un diritto pubblico soggettivo e non di un mero interesse legittimo, la cui finalità prioritaria è la tutela della posizione giuridica soggettiva lesa e non della legalità dell'azione amministrativa. Diversa è poi la nozione di atto amministrativo accolta nei due sistemi di giustizia amministrativa, pur appartenendo entrambi al medesimo modello a *droit administratif*. Nell'ordinamento tedesco si accoglie, infatti, una nozione più ristretta di atto amministrativo definito come una decisione unilaterale adottata in virtù di prerogative di poteri pubblici da parte di un'autorità amministrativa dotata di un'efficacia esterna e destinata a regolare un caso particolare. Per una disamina del modello di annullamento tedesco e le caratteristiche di tale azione si rinvia a, C. FRAENKEL-HAEBERLE, *Stabilità e contendibilità del provvedimento tra tutela costitutiva e risarcitoria nell'ordinamento tedesco*, in *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo nella prospettiva comparata*, (a cura di) G. FALCON, D. DE PRETIS, Milano, 2011, 131 SS.; F. HUFEN, *Verwaltungsprozessrecht*, Munich, C.H. Beck, 2003. Per un confronto con la nozione di atto amministrativo ed azione di annullamento nel diritto francese si veda E. FORSTHOFF, *Traité de droit administratif allemand*, Bruxelles, 1969, 310; H. MAURER, *Droit administratif allemand*, Paris, 1994, 184; M. FROMONT, A. RIEG, *Introduction au droit allemand*, t.2, Paris, 1984, 147.

⁹ E' quanto stabilito dal § 80 in base al quale "*Opposizione e azione di impugnazione hanno effetto sospensivo*". Esistono tuttavia numerosi casi in cui, in deroga a quanto previsto dalla regola generale la proposizione del ricorso non produce tale effetto sospensivo: in presenza di una richiesta di tributi o spese pubblici; in caso di provvedimenti e misure improcrastinabili di funzionari di polizia esecutiva; negli altri casi prescritti con legge federale o, per il diritto del *Land*, soprattutto per opposizioni ed azioni di terzi contro atti amministrativi relativi a investimenti o alla creazione di posti di lavoro. Si rimanda sul punto al secondo comma del § 80 *VwGO*.

¹⁰ Il termine decadenziale di trenta giorni non opera ma viene sostituito da quello più lungo di un anno nell'ipotesi in cui l'atto amministrativo contestato non riporti l'indicazione del mezzo di impugnazione contro lo stesso proponibile, vizio che pertanto pur non determinando l'illegittimità dell'atto costituisce motivo di proroga del termine di impugnabilità ai sensi del § 58 *VwGO* oltre che di rimessione in termini per errore scusabile ex § 60 *VwGO*. La necessità di far precedere la proposizione dell'azione di impugnazione da un procedimento preliminare di natura amministrativa finalizzato al riesame da parte dell'amministrazione competente della legittimità ed opportunità dell'atto è sancita dal § 68 "*Prima della proposizione dell'azione di impugnazione devono essere riesaminate la legittimità e l'opportunità dell'atto amministrativo in un procedimento preliminare*".

possibile adire il giudice amministrativo attraverso la proposizione dell'azione di impugnazione. Va comunque evidenziato come, allo stato attuale, il requisito di ammissibilità del previo esperimento con esito negativo del rimedio amministrativo ai fini della proponibilità dell'azione di impugnazione è stato fortemente ridimensionato, a seguito dell'intervento normativo dei legislatori di vari *Länder*, che hanno eliminato o reso facoltativo l'esperimento obbligatorio di questo rimedio preliminare¹¹.

Il tratto caratteristico che viene in rilievo, ai fini dell'indagine condotta, è la peculiare natura costitutiva di tale azione e della sentenza di annullamento che ne scaturisce, come emerge dal § 113 *VwGO*. Posto, infatti, che l'accoglimento dell'azione comporta la caducazione dell'atto amministrativo illegittimo e ha un effetto retroattivo, la portata e la decorrenza di questo annullamento non è individuabile a priori, in modo generale. Come regola generale la sentenza produce i propri effetti dal momento dell'emanazione del provvedimento amministrativo in accordo alla natura costitutiva della relativa azione. Tuttavia, se l'illegittimità si è verificata in un momento successivo - per esempio in seguito alla successiva entrata in vigore di una norma che rende illegittimo il provvedimento - gli effetti temporali della sentenza si dispiegano a partire dal quel momento. In tali casi, pertanto, essa non coincide necessariamente con il momento dell'emanazione dell'atto da parte dell'amministrazione, ma si modula diversamente, caso per caso, coincidendo con il momento esatto in cui si è concretizzata la lesione del diritto invocato¹².

Questo significa che l'effetto demolitorio è modulabile in quanto può prodursi a partire da un momento successivo all'adozione del provvedimento, che può anche coincidere con la data del pronunciamento giudiziale, sicché in tal caso

¹¹ E' quanto accaduto nei Länder Baden-Württemberg, Baviera, Berlino, Assia, Amburgo, Sassonia, Sassonia-Anhalt, Mecklenburg-Vorpommern, Renania del Nord-Westfalia. Si rimanda in proposito agli scritti di U. RÜSSEL, *Zukunft des Widerspruchsverfahrens*, in *NVWZ*, 2006, 523; I. HARTEL, *Rettungsanker für das Widerspruchsverfa*; C. FRAENKEL-HAEBERLE, *Il ripensamento del ricorso amministrativo previo in Germania*, in G. FALCON, B. MARCHETTI (a cura di), *Verso nuovi rimedi amministrativi? Rimedi giustiziali a confronto*, cit., 59; D. U. GALETTA, *Il ricorso amministrativo previo in Germania in una prospettiva di diritto comparato*, in G. FALCON, B. MARCHETTI (a cura di), *Verso nuovi rimedi amministrativi? Rimedi giustiziali a confronto*, cit., 79.

¹² Dispone, infatti, il § 113 "Nella misura in cui un atto amministrativo è illegittimo e l'autore è leso da esso nei propri diritti, il tribunale annulla l'atto amministrativo e l'eventuale decisione sull'opposizione". In altri termini non è sufficiente accertare l'illegittimità del provvedimento per pronunciarne l'annullamento ma è fondamentale stabilire con esattezza il momento a partire dal quale lo stesso abbia cagionato una lesione nella sfera giuridica del ricorrente.

l'annullamento produrrà effetti *ex nunc* e solo *pro futuro*, esattamente come avviene per effetto del ricorso alla tecnica della modulazione temporale.

Diversamente da quanto visto in Francia e in Italia, tuttavia, tale modulazione dell'efficacia dell'annullamento prescinde da ogni valutazione "discrezionale" del giudice amministrativo che, quindi, non dispone di alcun margine di apprezzamento, dovendo necessariamente far decorrere gli effetti delle proprie sentenze di annullamento a partire dal momento in cui accerta la nascita dell'illegittimità e l'attualizzazione della lesione nella sfera giuridica del ricorrente.

In altri termini, una volta che il giudice ha appurato il momento in cui si è prodotta nel patrimonio giuridico del ricorrente la lesione per effetto del provvedimento amministrato illegittimo impugnato, non può far altro che rimuovere gli effetti giuridici dell'atto a partire da quella data, non disponendo di alcun potere di svolgere un bilanciamento con gli altri interessi esistenti e con le eventuali esigenze del caso concreto. L'eventuale decorrenza non retroattiva dell'annullamento, sin dal momento dell'adozione dell'atto, non è, quindi, effetto del giudizio di ponderazione che sta alla base della tecnica modulatoria ma è una diretta conseguenza dell'accertamento della lesione, che può non coincidere con l'emanazione del provvedimento illegittimo ma essersi verificata in un momento cronologicamente successivo alla stessa, come accade ad esempio nel caso di atti ad esecuzione differita o per gli atti non ancora esecutivi nel momento della pronuncia della sentenza che ne accerta l'illegittimità¹³.

Ciò è compatibile con la natura soggettiva della giurisdizione amministrativa in Germania. Se, infatti, scopo del processo è garantire la soddisfazione della posizione giuridica individuale del ricorrente vittorioso è logico ritenere che la sentenza di annullamento debba riparare integralmente agli effetti della lesione cagionata dal momento in cui questa si è attualizzata nel patrimonio del destinatario del provvedimento illegittimo, momento che cronologicamente può, tuttavia, non coincidere con la sua adozione, ma essere anche successivo alla stessa.

Diversamente, nel caso dell'annullamento d'ufficio (*Rücknahme*) l'affidamento del terzo comporta spesso una limitazione dell'efficacia temporale

¹³ Sulla modulabilità degli effetti della sentenza di annullamento di un atto amministrativo nel sistema tedesco si rinvia a F. HUFEN, *Verwaltungsprozessrecht*, Munich, C.H. Beck, 2003, 426; GERHARDT, in *Schoch/Schmidt-Abmann/Pietzner*, §113, n° 21, nota 109 e n° 34;

retroattiva dell'atto di ritiro, che è discrezionalmente disposta solo *pro futuro* potendo l'amministrazione, diversamente dal giudice, modularne gli effetti e stabilirne una portata *ex nunc* o *ex tunc*. Ciò in considerazione del fatto che, diversamente da quanto accaduto in Italia e in Francia, la scelta del legislatore tedesco e delle corti è stata nel senso di non assimilare gli effetti del provvedimento amministrativo di annullamento di un precedente atto illegittimo a quelli di una sentenza di annullamento, attesa la diversa funzione che i due strumenti sono chiamati ad assolvere¹⁴.

Ad ogni modo la sentenza di annullamento è in grado di assumere varie forme, interessanti sotto il profilo della modulazione temporale¹⁵. Quando è investito di una domanda di annullamento di un atto amministrativo, infatti, i poteri del giudice vanno al di là del mero annullamento dell'atto impugnato.

Se il provvedimento è stato già portato ad esecuzione, infatti, il Tribunale può direttamente decidere, previa istanza del ricorrente, come l'amministrazione debba effettuare la riconduzione in pristino e il ristabilimento della situazione esistente prima della sua esecuzione, provvedendo egli stesso a precisare le concrete modalità operative da seguire (*Folgenbeseitigung*). Tale potere è tuttavia esercitabile solo se sono rispettate due condizioni: l'oggettiva possibilità di un ripristino dello *status quo ante* e l'assenza di potere discrezionale dell'amministrazione a seguito della pronuncia della sentenza di annullamento. In mancanza, il giudice non potrà far altro che limitarsi a pronunciare l'annullamento, salva la possibilità di adattare su richiesta di parte misure provvisorie destinate a perdere efficacia nel momento in cui l'amministrazione avrà tirato le proprie conseguenze dal disposto annullamento.

Se, invece, l'atto impugnato ha già esaurito i propri effetti può essere ugualmente chiesto l'accertamento dell'illegittimità allo scopo di promuovere un'azione di danno (*Fortsetzungsfeststellungsklage*).

Nelle ipotesi in cui il ricorrente chiede la modifica di un atto amministrativo che stabilisce un importo monetario, il Tribunale può autonomamente effettuare il ricalcolo di quanto effettivamente dovuto, senza necessità di annullare l'atto e

¹⁴ In tema di autotutela e di annullamento d'ufficio nel diritto tedesco si rinvia allo studio monografico di C. FRAENKEL-HAEBERLE, *Poteri di autotutela e legittimo affidamento – Il caso tedesco*, Trento, 2008, § 11, n. 3; M. RAGAZZO, *L'autotutela amministrativa: principi operativi e ambiti applicativi*, Milano, 2006, 203 ss.

¹⁵ FRIEDHELM HUFEN, *Verwaltungsprozessrecht*, IX ed., München, 2013, Rn. 29.

rinvia all'amministrazione il compito di emettere un nuovo provvedimento con l'importo da corrispondere corretto. Sempre in un'ottica di economia processuale è previsto che qualora, oltre all'annullamento del provvedimento venga richiesta una prestazione (ad esempio la condanna al pagamento della retribuzione pregressa in seguito all'annullamento di un provvedimento di licenziamento) il giudice amministrativo possa direttamente condannare l'amministrazione a tale prestazione.

Sebbene, quindi, non si possa propriamente parlare nel sistema di giustizia amministrativa tedesco di un vero e proprio potere di modulazione temporale degli effetti delle proprie decisioni di annullamento da parte del giudice amministrativo come apprezzato negli altri ordinamenti esaminati, anche in questo ordinamento è conosciuto il fenomeno della flessibilità dell'efficacia della sentenza che opera, tuttavia, in modo indipendente dall'esercizio di valutazioni discrezionali del giudice, e che può assumere contenuti ulteriori e variabili, non limitandosi alla sola rimozione del provvedimento di cui è stata giudizialmente accertata l'illegittimità.

Molto più ampio è, invece, il potere di modulazione temporale di cui dispone la Corte Costituzionale federale tedesca¹⁶.

Posto che le pronunce di incostituzionalità rese da tale organismo hanno natura dichiarativa e non costitutiva, limitandosi ad accertare e dichiarare la nullità di una disposizione di legge regionale o federale per contrasto con la Legge fondamentale¹⁷, la Corte si è riconosciuta già da tempo il potere di evitare la declaratoria di nullità delle leggi sottoposte al proprio sindacato, differendo l'effetto di tale accertamento ad un periodo di tempo necessario a consentire ai legislatori sia regionali che federali di intervenire a riparare tale violazione¹⁸.

¹⁶O. JOUANJAN, *La modulation des effets des décisions des juridictions Constitutionnel et administratives en droit allemand*, in *RFDA*, 2004, 676; F. HUFEN, *Verwaltungsprozessrecht*, cit., 426; GERHARDT, *Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar*, in *Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner*, § 113, n. 21, nota 109 e n. 34.

¹⁷ Il § 78 *BVerfGE* stabilisce che “*Se la Corte costituzionale federale ritiene che il diritto federale è incompatibile con la Legge fondamentale o che il diritto regionale è incompatibile con la Legge fondamentale o con il diritto federale, dichiara la nullità della legge*”.

¹⁸ Il fondamento di tale potere, non espressamente riconosciuto da alcuna disposizione di legge, è stato individuato dalla stessa Corte nel § 35 *BVerfGE* nella parte in cui le attribuisce il potere, esercitabile d'ufficio indipendentemente dalle domande delle parti, di stabilire le modalità di esecuzione delle proprie decisioni, fornendo alla disposizione un'interpretazione estensiva. Secondo l'interpretazione fornita dalla Corte, la disposizione richiamata contiene un'abilitazione generale che l'autorizza a organizzare e gestire la transizione da una situazione di incostituzionalità constatata al ristabilimento di uno stato conforme alla Legge fondamentale. Nell'esercizio di tale potere discrezionale la Corte si

In particolare, la tecnica modulatoria utilizzata dalla Corte consiste nel rinunciare a pronunciare la nullità immediata della norma dichiarata incostituzionale, prolungandone la validità ed efficacia (*Weitergeltung*), e nel fissare contestualmente al legislatore un termine entro il quale intervenire a modificarla in senso conforme al precetto costituzionale violato, onde dotarla della necessaria base legale¹⁹.

3. *La tecnica del remand without vacation delle corti statunitensi: la discrezionalità di equity nell'ambito degli statutory reviews e il difficile equilibrio tra principio di legalità e tradition of remand discretion.*

Nell'ordinamento giuridico statunitense i soggetti deputati a dare attuazione alle politiche generali fissate dal Congresso attraverso l'emanazione degli *statues* sono le *administrative agencies*²⁰, intendendo per tali ogni autorità amministrativa legittimata ad adottare decisioni che vincolano l'amministrazione all'esterno, indipendentemente dalla previsione della possibilità di sottoporre tali decisioni all'*appeal* presso altre autorità amministrative e dotate, accanto ai tradizionali poteri esecutivi, anche di poteri di *rulemaking* e di *adjudication*. In particolare, rientra nella funzione di *rulemaking* l'adozione di atti normativi a contenuto generale ed astratto (c.d. *rules*) su conferimento di espressa delega del Congresso; mentre quella di *adjudication* si estrinseca, oltre che nell'attività propriamente di risoluzione di controversie sorte per effetto dell'attività posta in essere dalle *agencies*, più in

lascia guidare dal criterio del "*bene comune*" che esige una transizione il più possibile graduale e non traumatica.

¹⁹ La prima pronuncia nella quale la Corte costituzionale federale tedesca si è autoattribuita, in assenza di un espresso riconoscimento normativo, il potere di modulare l'efficacia temporale delle proprie pronunce di incostituzionalità, autorizzando in via del tutto eccezionale la proroga della validità di una legge anticostituzionale per il tempo necessario ad un intervento correttivo del legislatore, è la decisione del 14 marzo 1972, in *BVerfGE* 33, 1 in materia di controllo della corrispondenza dei detenuti. La Corte, partendo dal principio per cui ogni ingerenza nella sfera dei diritti umani, tra cui quello al segreto della corrispondenza, debba trovare un riconoscimento formale in una disposizione di rango legislativo, rilevava l'illegittimità di alcune disposizioni regolamentari che disciplinavano le forme di controllo esercitabili dagli istituti penitenziari sulla corrispondenza dei detenuti. Tuttavia la Corte rinunciava a dichiarare la nullità delle disposizioni regolamentari in causa fissava un termine entro il quale il legislatore avrebbe dovuto intervenire ad adottare la legge necessaria a dotare la pratica dei controlli della necessaria base legale. Allo stesso tempo, stimando che il funzionamento del servizio penitenziario avrebbe subito un grave pregiudizio se durante tale termine la corrispondenza dei detenuti non avesse potuto essere sottoposta a controlli, pronuncia d'ufficio l'ordine di continuare ad applicare il testo regolamentare incostituzionale, disponendone una proroga della validità.

²⁰ Il concetto di *agency* statunitense coincide con quello interno di autorità amministrativa e vi rientrano i *Cabinet Departments*, le *Independent Executive Agencies* e le *Independent Regulatory Commissions*.

generale nell'attività di adozione di decisioni (c.d. *orders*) destinate a produrre effetti vincolanti in riferimento ad uno o più soggetti determinati, individualmente coinvolti dagli effetti delle stesse²¹.

Il sistema di sindacato giurisdizionale statunitense sulle decisioni amministrative, pur appartenendo ad un modello di *common law*, presenta notevoli elementi di affinità con i tipici sistema amministrativi a *droit administratif*. In particolare, benché gli Stati Uniti non conoscano una giurisdizione speciale (né specializzata, sul modello inglese) per le controversie di diritto pubblico, gli *statutes* del Congresso prevedano azioni e rimedi speciali esperibili contro le decisioni delle *agencies* che presentano numerosi tratti comuni al giudizio amministrativo continentale differenziandosi in termini significativi rispetto alle comuni azioni esperibili nelle liti tra privati²².

Nonostante l'assenza di una giurisdizione amministrativa autonoma e distinta rispetto a quella ordinaria - caratteristica comune ad alcuni dei principali sistemi di *civil law*, in modo particolare Francia e Italia – dunque, nel sistema giuridico statunitense si registra una forma di tutela speciale e differenziata rispetto a quella offerta dal medesimo giudice alle parti coinvolte nelle liti di diritto comune.

Il sistema di *judicial review* delle decisioni adottate dalle *agencies*, siano esse *rules* o *orders*, si articola, infatti, in un complesso di rimedi di carattere per lo più speciale, previsti da appositi *statutes* del Congresso, c.d. *statutory reviews*, che conferiscono alle corti una competenza speciale a giudicare su azioni specifiche e tipiche volte a contestare l'atto adottato dall'*agency* e rispetto alle quali il Congresso interviene a stabilire con legge i presupposti dell'azione, i termini del ricorso, la portata della decisione e i poteri del giudice. Affianco a questo sistema di rimedi speciali azionabili dal cittadino contro l'amministrazione, sono poi previsti dei rimedi di carattere generale, c.d. *non-statutory reviews*, che hanno una portata e un

²¹ Per un'analisi del sistema processuale amministrativo statunitense e per le sue differenze con gli ordinamenti di *civil law* si rinvia a B. MARCHETTI, *Pubblica Amministrazione e Corti negli Stati Uniti. Il Judicial Review sulle Administrative Agencies*, cit., 101 ss; R. CARANTA, *Judicial review*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. IX, Torino, 1994, 53 ss.; W. BURNHAM, *Introduction to the Law and Legal System of the United States*, St. Paul, Minn., 2002, 206; G.G. YOUNG, *Judicial Review of Informal Agency Action on the Fiftieth Anniversary of the APA: The Alleged Demise and Actual Status of Overton Park's Requirement of Judicial Review "on the Record"*, 10 *Admin. L. J.*, Am. U., 1996, 179; S.G. BREYER, R.B. STEWART, C.R. SUNSTEIN, *Administrative Law and Regulatory Policy*, New York, 2002, 20.

²² Si veda B. MARCHETTI, *Pubblica Amministrazione e Corti negli Stati Uniti. Il Judicial Review sulle Administrative Agencies*, cit., 101.

campo di applicazione del tutto residuale essendo azionabili, sempre dinanzi alle corti, nelle ipotesi del tutto marginali in cui non siano espressamente previsti rimedi speciali, fungendo da valvola di sicurezza per il cittadino, onde evitare che resti sprovvisto di tutela a fronte di atti lesivi dell'amministrazione²³.

E' possibile riscontrare in questo ordinamento, grazie all'opera svolta dalla giurisprudenza e dagli *statutes*, molti dei tratti di specialità presenti nei sistemi di giustizia amministrativa europeo-continentali²⁴. E', infatti, previsto anche qui un termine di impugnazione breve delle decisioni delle *agencies*, non solo per l'impugnazione degli atti individuali ma anche di quelli a carattere normativo, che oscilla a seconda dei casi tra i sessanta e i centoventi giorni, a dimostrazione che, anche in questo sistema, è avvertita l'esigenza di contemperare la tutela del cittadino leso dalle decisioni amministrative, con quella di garantire la stabilità dell'atto amministrativo e le esigenze di certezza del diritto ad esso riconnesse. Altro elemento comune è la previsione di una legittimazione alla contestazione in sede giudiziale delle decisioni delle *agencies* più ampia rispetto a quella prevista per le azioni ordinarie, sintomatica della comune preoccupazione che alla protezione del singolo si affianchi la verifica della correttezza dell'operato dell'amministrazione²⁵.

Ulteriore e significativo tratto di continuità sta nell'intensità del sindacato esercitabile dalla corte sul contenuto dell'atto dell'*agency* impugnato. Analogamente a quanto accade nei sistemi a *droit administratif*, l'attività di *judicial review* esercitata dalle corti statunitensi è, infatti, finalizzata a sindacare l'atto impugnato solo sotto il profilo della legittimità, intesa come conformità alla *rule of law* e della ragionevolezza quale assenza del vizio di *abuse of discretion, arbitrary and capricious* e esistenza di una *substantial evidence* – restando invece insindacabile il merito delle decisioni e delle scelte effettuate. In sostanza le corti non possono sostituirsi all'amministrazione, poiché sono prive del potere di revisione nel merito

²³ La sez. 703 primo capoverso dell'APA afferma la preferenza per rimedi speciali espressamente indicati dal legislatore, mentre nell'ultimo capoverso della stessa norma viene fissata la regola della generale disponibilità del *judicial review* nell'azione di *enforcement*, salvo che lo *statute* abbia previsto il ricorso esclusivo allo *statutory review*. Sulla distinzione tra *statutory* e *non-statutory review* si veda A. C. AMAN, W.T. MAYTON, *Administrative Law*, St. Paul, Minn, 2001, 352; G. LAWSON, *Federal Administrative Law*, St. Paul, Minn, 2001, 743.

²⁴ Parla, in proposito, di sistema rimediabile *funzionalmente equivalente* a quello europeo B. MARCHETTI, *Pubblica Amministrazione e Corti negli Stati Uniti. Il Judicial Review sulle Administrative Agencies*, cit., 275.

²⁵ D. DE PRETIS, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, cit., 307.

delle operazioni poste in essere dalle *agencies*, dovendo piuttosto assumere una certa *deference* per l'attività compiuta, di cui devono verificare la correttezza procedurale e il rispetto di *standards* minimi di ragionevolezza. Sotto quest'aspetto, pertanto, il tipo di giurisdizione che le corti statunitensi esercitano sugli atti amministrativi delle *agencies* è paragonabile ad una giurisdizione di legittimità, con la configurazione di un principio di separazione dei poteri e di riserva di amministrazione che trova giustificazione nella riconosciuta maggiore *expertise* dei corpi amministrativi²⁶.

Analogie sussistono anche sul fronte della tipologia di poteri decisorii: la pronuncia del giudice, anche nei giudizi di impugnazione delle *rules*, ha natura costitutiva comportando di norma, in caso di accoglimento del ricorso, l'annullamento retroattivo dell'atto contestato e il rinvio della questione all'amministrazione, (c.d. *remand*), affinché provveda nuovamente in conformità a quanto statuito dalla Corte²⁷.

Cionostante, soprattutto nel caso di impugnazione di atti normativi, è conosciuto in tale sistema il ricorso alla pratica del *remand without vacation* o *vacatur* che si sostanzia nella pronuncia di una sentenza meramente dichiarativa dell'illegittimità della *rule* contestata, cui non fa seguito l'immediata caducazione dell'atto ma solo il *remand* alla *agency* affinché provveda in conformità del *decisum*²⁸. Si tratta, in altri termini, di un rimedio che consente ad un atto amministrativo illegittimo di rimanere in vigore per il tempo necessario all'espletamento della procedura di *remand*, all'esito della quale l'*agency* competente provvede a riadottare l'atto emendato dai vizi rilevati.

²⁶ In tal senso B. MARCHETTI, *Pubblica Amministrazione e Corti negli Stati Uniti. Il Judicial Review sulle Administrative Agencies*, cit., 201 ss.; R.J. PIERCE, S.A. SHAPIRO, P.R. VERKUIL, *Administrative Law and Process*, New York, 1999, 357.

²⁷ Come prevede la sez. 706 dell'APA: "*The Court declares the action void and sends it back to the agency for further consideration. That remedy is, indeed, the courts' normal course of action*".

²⁸ Per un esame di tale tecnica, i suoi limiti e le condizioni di operatività, R.M. LEVIN, "*Vacation*" at *Sea: Judicial Review and Equitable Discretion in Administrative Law*, 53 *Duke L.J.*, 2003, 291, reperibile all'indirizzo www.abanet.org/adminlaw/news/vol21no3/vacate.html; S.J. TATHAM, *The Unusual Remedy of Remand Without Vacatur, Appendix A (Report to the Administrative Conference of the United States)*, 2013-6, in www.acus.gov/recommendation; K. DAUGIRDAS, *Evaluating remand without vacatur: a new judicial remedy for defective agency rulemakings*, in *N.Y.U. Law Review*, 2005, 278, reperibile all'indirizzo www.nyulawreview.org; B. W. TELLEBAUM, *Vacation at the Farm: Why Court Should Not Extend Remand without Vacation to Environmental Derogation*, in *Cornell Law Review*, 2012, n. 97, 405, reperibile all'indirizzo <http://scholarship.law.edu/clar>; B.S. PRESTES, *Remanding Without Vacating Agency Action*, in *Seton Hall Law Review* 108, 2001, 111 ss.; STEPHANIE J. TATHAM, *The Unusual Remedy of Remand Without Vacatur*, Final Report, Jan. 3, 2014, in www.acus.gov.

Sebbene la tecnica abbia una natura per lo più pretoria, esistono casi in cui è lo stesso Congresso a prevedere specifiche *statutory provisions* che autorizzano le corti a rinviare alla *agency*, in sede di *remand*, senza annullare l'atto illegittimo²⁹ o, pur non autorizzando esplicitamente il ricorso a tale rimedio, lasciano alla corte un'ampia discrezionalità nella scelta se ricorrervi o meno³⁰.

Dall'esame della giurisprudenza esistente in materia emerge come il potere di graduare l'effetto della decisione venga utilizzato dalle corti per lo più in presenza di vizi formali, in particolare legati alla motivazione, ogni qual volta si ritiene che l'*agency* abbia *serious possibility* di correggere tale vizio in fase di *remand*, con l'evidente scopo di evitare *policy paralysis*³¹, o quando abbia fondato motivo di ritenere che, pur annullando l'atto, l'amministrazione giungerebbe in fase di *remand* al medesimo risultato sostanziale, adottando un atto dal contenuto identico a quello precedente con lo scopo, pertanto, di evitare annullamenti sostanzialmente inutili in quanto il beneficio che si ricaverebbe nella successiva fase di processo decisionale da parte dell'*agency* sarebbe minimo o inesistente³².

Tuttavia, diversamente da quanto accade in Francia, qui il potere di graduazione degli effetti della sentenza di annullamento non è pacificamente accettato dalla giurisprudenza e da tutta la dottrina, e la sua praticabilità ha dato vita

²⁹ E' il caso del *Regulatory Flexibility Act*, 5 U.S.C. § 611 nella parte in cui prevede che “*where corrective action is required, the court is to remand the rule to the agency but may permit continued enforcement where it “is in the public interest”*”; o del *Energy Policy and Conservation Act*, 42 U.S.C. § 4306 che prevede: “*remedies provided for in this subsection shall be in addition to, and not in substitution for, any other remedies provided by law*”.

³⁰ E' il caso del *Federal Power Act and the Natural Gas Act*, 16 U.S.C. § 825; *Natural Gas Act*, 15 U.S.C. che prevede il potere della corte “*to affirm, modify, or set aside. . . in whole or in part orders*”.

³¹ Per un esame delle prime e più significative pronunce in cui la giurisprudenza ha fatto uso di questa tecnica si rimanda a: *American Medical Ass'n v. Reno*, 57 F.3d 1129 (D.C. Cir. 1995); *Allied-Signal, Inc. v. U.S. Regulatory Comm'n*, 988, F.2d 146, 150-51 (D.C. Cir. 1993); *Mid-Tex Electric Cooperative v. FERC*, 773, F.2d 327 (D.C. Circ. 1985); *Fertilizer Inst. V. EPA*, 935 F.2d 1303, 1312 (D.C. Circ. 1991).

³¹ Per un'analisi approfondita dell'evoluzione giurisprudenziale in materia si rinvia a S. J. TATHAM, *The Unusual Remedy of Remand without Vacatur, Final report of Administrative Conference of the United States*, 2014, reperibile all'indirizzo www.acus.gov.i.t.

³² Per un elenco dettagliato dei casi in cui le corti statunitensi hanno fatto uso della tecnica del *remand without vacation*, con indicazione se l'atto oggetto di impugnazione sia stato adottato dall'*agency* nell'esercizio del proprio potere di *adjudication* o di *rulemaking*, si veda STEPHANIE J. TATHAM, *The Unusual Remedy of Remand Without Vacatur*, cit., 60 ss. La tabella riporta settantaquattro applicazioni pratiche della tecnica nel periodo intercorrente dal 1972 al 2013.

ad un contrasto tra gli stessi giudici, ponendo problemi di compatibilità con il sistema³³.

La tecnica in esame, infatti, costituisce espressione massima della discrezionalità di *equity* esercitata dalle corti nel contesto degli *statutory reviews* disciplinati dal Congresso, ma confligge con l'esistenza nel sistema di una norma di diritto positivo - la sez. 706 dell'*Administrative Procedure Act* - che prevede l'obbligo per il giudice di operare l'annullamento dell'atto impugnato quando ne riscontri l'invalidità. Stando, pertanto, ad una rigorosa interpretazione letterale della norma, la tecnica del *remand without vacatur*, ove non espressamente autorizzata dagli *statutory*, sarebbe illegale.

La dottrina e le posizioni giurisprudenziali contrarie evidenziano, inoltre, come tra i rischi connessi all'utilizzo della tecnica vi sia quello di favorire un processo di deresponsabilizzazione delle *agencies* rispetto ai comportamenti futuri. Il rimedio, infatti, evitando l'annullamento pure a fronte dell'accertamento dell'illegittimità dell'atto adottato, riduce il ruolo disincentivante della sanzione principale dell'annullamento rispetto ai comportamenti impropri o poco motivati dell'amministrazione e sminuisce, al contempo, la funzione di pressione esercitata dalle corti sull'adempimento degli obblighi da parte delle *agencies*. Allo stesso tempo, favorisce l'attivismo giudiziario e le deviazioni dalle direttive legislativamente imposte.

I sostenitori della tecnica prescindono, invece, da una lettura restrittiva della norma dell'*Administrative Procedure Act*, facendo leva sugli indiscutibili vantaggi che essa consente di ottenere. In primo luogo, lo strumento del *remand without vacation* evita lacune e vuoti normativi o regolatori, garantendo la continuità del servizio pubblico e migliorando complessivamente la stabilità della regolamentazione nei diversi settori amministrativi. Consente, infatti, alle *agencies* di continuare a svolgere la propria attività anche ove l'approccio iniziale fosse stato viziato e, allo stesso tempo, deferisce alla loro competenza istituzionale l'adozione

³³ Per una autorevole opinione dissenziente espressa dal giudice Randolph si rimanda al caso *Checkosy v. SEC*, 23 F.3d 452 (D.C. Circ. 1994). Per un'analisi approfondita dell'evoluzione giurisprudenziale in materia si rinvia a S. J. TATHAM, *The Unusual Remedy of Remand without Vacatur*, *Final report of Administrative Conference of the United States*, 2014, reperibile all'indirizzo www.acus.gov.it.

delle scelte migliori al contemperamento di esigenze ed interessi confliggenti, evitando un'ingerenza delle corti in scelte di merito ed opportunità.

Proprio nell'ottica di contemperare le esigenze sottese al ricorso alla tecnica con le critiche ad essa opposte da una parte significativa della dottrina e della giurisprudenza, sono stati formulati dalla *Administrative Conference of the United States* una serie di principi guida cui i giudici dovrebbero far riferimento nel ricorrere alla tecnica del *remand without vacation*³⁴.

In primo luogo, è stato stabilito che, in assenza di una previsione legislativa che vieti espressamente il ricorso a tale tecnica, il *remand without vacation* debba essere riconosciuto alla stregua di un rimedio processuale equitativo autorizzato, purché esercitato nel rispetto delle direttive impartite, tenuto conto della natura assolutamente eccezionale del rimedio e previa adozione di opportune garanzie procedurali.

In particolare, viene previsto che laddove la corte intenda rinviare una decisione impugnata all'*agency* che l'ha adottata, affinché la modifichi secondo le istruzioni impartite nella pronuncia che ne accerta l'illegittimità, senza annullarla, è tenuta ad esplicitare le ragioni sulla base delle quali ha operato questo tipo di scelta.

La scelta in favore del *remand without vacation* può essere operata solo come *extrema ratio*, al ricorrere di speciali circostanze che giustifichino l'eccezione alla regola generale del *remand* previo annullamento dell'atto illegittimo. Tra le circostanze speciali idonee a giustificare il non annullamento dell'atto sono annoverati una serie di fattori "equitativi".

In primo luogo, il rimedio appare ragionevolmente praticabile quando, alla luce della natura dei vizi dell'atto non eccessivamente gravi, appare ragionevole supporre che, in sede di riesercizio del potere a seguito del *remand*, l'*agency* riadotterebbe un atto dal contenuto non dissimile a quello precedentemente annullato. Si tratta in definitiva di un'applicazione della teoria della non annullabilità degli atti amministrativi affetti da vizi meramente formali o procedurali³⁵.

³⁴ Si fa riferimento alla *Recommendation* n. 2013-6 adottata dalla *Administrative Conference of the United States* reperibile su www.acus.gov. Tali direttive erano già state in parte formulate dalla American Bar Association, *Resolution 107B, Sections of Administrative Law and Regulatory Practice and Business Law, Report to the House of Delegates I*, San Francisco, 1997, reperibili sul sito www.americanbar.org.

³⁵ *E.g.*, *Env'tl. Def. Fund v. EPA*, 898 F.2d 183, 190 (D.C. Cir. 1990).

L'uso della tecnica è poi consentito quando, sulla base di un giudizio prognostico, risulti che le conseguenze che deriverebbero dal *vacatur* sarebbero “distruttive” per l'interesse pubblico tutelato o perché, ad esempio, a fronte dell'interesse del ricorrente all'annullamento esiste un numero considerevole di controinteressati che ha riposto legittimo affidamento sulla validità ed efficacia dell'atto e che vedrebbe irrimediabilmente pregiudicata la propria posizione anche dopo l'emanazione della nuova decisione da parte dell'amministrazione³⁶.

Infine, il rimedio viene consentito quando l'annullamento non sarebbe soddisfacente per gli interessi della parte principale che è stata danneggiata dall'errore dell'*agency* perché del tutto inidoneo a riparare la lesione cagionata³⁷.

E' ritenuto opportuno, inoltre, che ove la corte intenda far uso del rimedio, solleciti un contraddittorio tra le parti sulla questione ascoltando preliminarmente il punto di vista delle stesse sull'opportunità di annullare o di adottare altre azioni correttive e che, contestualmente, assegni un termine perentorio all'*agency* entro il quale la stessa è tenuta ad adeguarsi alla pronuncia dichiarativa dell'illegittimità dell'atto. Si tratta, in sostanza, di una sorta di contraddittorio predecisorio con finalità di garanzia del diritto di difesa delle parti.

Al di là di talune critiche ed opinioni dissenzienti da parte di alcuni giudici, il rimedio del *remand without vacation* è oggi generalmente accettato dalle corti statunitensi perché considerato una forma di espressione del legittimo esercizio di una *judicial equitable discretion* a carattere correttivo.

³⁶ Per alcune applicazioni pratiche della tecnica giustificate dall'esigenza di evitare le conseguenze catastrofiche dell'annullamento E.g., *N. Air Cargo v. U.S. Postal Service*, 674 F.3d 852, 860-61 (D.C. Cir. 2012); *Allied-Signal, Inc. v. NRC*, 988 F.2d 146, 150-51 (D.C. Cir. 1993); *North Carolina v. EPA*, 531 F.3d 896, 901 (D.C. Cir. 2008) (*vacating CAIR due to “fatal flaws”*), modified, 550 F.3d 1176, 1177-78 (D.C. Cir. 2008) (*amending judgment to remand CAIR without vacatur*). In questo ultimo caso, ad esempio, la Corte aveva originariamente annullato l'*EPA's Clean Air Interstate Rule (CAIR)* in quanto affetto da numerosi e gravi vizi. A seguito di una petizione dell'EPA, ha successivamente riconsiderato la decisione assunta tenendo conto come un annullamento di tale norma avrebbe cagionato danni gravi ed irreversibili alla salute dei cittadini, atteso che la disciplina normativa fissata, ancorché affetta da gravi vizi, era in grado di prevenire 13.000 morti premature per l'anno 2010 e 17.000 per l'anno 2015, garantendo una sostanziale riduzione delle emissioni nocive nell'ambiente. Ha pertanto disposto un *remand* senza annullamento consentendo all'atto di restare in vigore per tutto il tempo necessario a consentire all'EPA di apportarvi le modifiche necessarie a sostituirlo con un atto legittimo.

³⁷ E.g., *Env'tl. Def. Fund v. EPA*, 898 F.2d 183, 190 (D.C. Cir. 1990) “*no party to this litigation asks that the court vacate the EPA's regulations, and to do so would at least temporarily defeat petitioner's purpose, the enhanced protection of environmental values covered by the [statutory Prevention of Significant Deterioration] provisions*”.

L'analisi della giurisprudenza mostra, ad ogni modo, come se ne faccia un uso piuttosto prudenziale, se si considera che, in oltre trent'anni di applicazione, la tecnica è stata utilizzata dalle corti solo in settantaquattro casi, per lo più a fronte di atti illegittimi adottati dall'EPA, l'Agenzia per la protezione dell'ambiente o da quella per la sicurezza nazionale e per le telecomunicazioni e, quindi, in presenza di rilevanti interessi pubblici rispetto ai quali un annullamento è davvero suscettibile di determinare vuoti normativi pregiudizievoli per interessi sensibili tutelati³⁸.

In quest'ottica, la tecnica del *remand without vacation* va ad affiancarsi ai già numerosi elementi di continuità ed analogia esistenti tra il sistema statunitense di rimedi contro gli atti amministrativi e quelli dei paesi a *droit administratif*, contribuendo in modo significativo al processo in atto di avvicinamento e di progressiva omogeneizzazione tra modelli europei propri dei paesi di *civil law* e quello dei sistemi a *common law*.

4. *Il caso del Regno Unito: l'undue delay e la discrezionalità del giudice nella valutazione dei presupposti processuali e nella scelta dei rimedi azionabili.*

Anche l'analisi dell'esperienza del Regno Unito presenta significativo interesse ai fini dell'indagine condotta sul tema della modulazione temporale dell'efficacia della sentenza di annullamento dell'atto amministrativo. Sebbene, infatti, il sistema inglese non conosca questo tipo di strumento - diversamente dall'esperienza dell'altro ordinamento di *common law* esaminato - il giudice investito della valutazione della legittimità dell'atto amministrativo è dotato di ampi margini di discrezionalità sotto differenti profili, che gli consentono di modulare il tipo di tutela offerta in ragione delle esigenze del caso concreto e dei riflessi della propria decisione, rispondendo a finalità non diverse da quelle cui tende la tecnica modulatoria.

Nel Regno Unito l'assenza di un diritto amministrativo, inteso come *corpus* di regole derogatorie al diritto comune e destinate a disciplinare l'attività della pubblica amministrazione, non ha precluso la predisposizione di un articolato sistema

³⁸ Dati tratti da S. J. TATHAM, *The Unusual Remedy of Remand without Vacatur, Final report of Administrative Conference of the United States*, cit., Appendice A, *Report to the Administrative Conference of the United States*, Nov. 2014, 1972-2013.

di rimedi azionabili dal cittadino per reagire contro gli atti illegittimi delle amministrazioni³⁹.

Come si è già anticipato parlando dell'esperienza statunitense, il sistema inglese di *judicial review of administrative action* non conosce la figura di un giudice speciale distinto da quello ordinario e, quindi, una duplicità di giurisdizioni tipica degli altri sistemi europei esaminati, né un "processo amministrativo" propriamente inteso: esso tuttavia conosce una procedura generale di *diritto pubblico*, azionabile attraverso la presentazione di una *application for judicial review* dinanzi ad una sezione specializzata della *High Court*, oggi ufficialmente chiamata *Administrative Court*⁴⁰.

Il sindacato di legittimità sugli atti amministrativi è dunque svolto da giudici comuni, ma è affidato a sezioni specializzate delle Corti superiori, particolarmente sensibili rispetto alle controversie relative a *public law rights*.⁴¹

La riforma processuale attuata tra il 1977 e il 1999 ha infatti fuso in un'unica procedura speciale di *judicial review* le diverse discipline procedurali anteriormente previste, rendendola ora la procedura preferibilmente utilizzabile per le controversie di *public law*⁴².

³⁹ Nell'ordinamento giuridico inglese il panorama dei rimedi esperibili dal cittadino contro le decisioni amministrative illegittime è in realtà molto più ampio, non esaurendosi al solo ricorso alla procedura del *judicial review*. Per un'analisi più approfondita del sistema inglese di tutela giurisdizionale del cittadino nei confronti dell'amministrazione e del relativo processo evolutivo che ha caratterizzato la giustizia amministrativa inglese si rinvia a H. W. R. WADE, C.F. FORSYTH, *Administrative Law*, Oxford, 2000, 636; S.A. DE SMITH, H. WOOLF, J. JOWELL, *Principles of judicial review*, London, 1999, 523; D. LONGLEY, R.H. JAMES, *Administrative Justice*, Cavendish Publishing Ltd, London, Sidney, 1999; M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, 1992; M.P. CHITI, *Il controllo giurisdizionale dell'attività amministrativa in Inghilterra*, Milano, 1983.

⁴⁰ Si tratta della *Divisional Court* del *Queen's Bench* sulla cui organizzazione si rinvia a S.A. DE SMITH, H. WOOLF, J. JOWELL, *Judicial review of administrative action*, cit., 658. Va dato conto, per ragioni di completezza, come l'accesso alla tutela giurisdizionale dinanzi alla *High Court* sia una tutela di seconda istanza dovendo il cittadino preliminarmente presentare istanza dinanzi agli *Administrative Tribunals*. Per un approfondimento del ruolo svolto da questi tribunali amministrativi si rinvia a R. CARANTA, *Administrative Tribunals e Corti in Inghilterra (e in Galles)*, in G. FALCON, B. MARCHETTI (a cura di), *Verso nuovi rimedi amministrativi? Rimedi giustiziali a confronto*, Napoli, 2015, reperibile anche all'indirizzo www.iris.unitn.it, 37 ss.; M.P. CHITI, *La giustizia nell'amministrazione. Il curioso caso degli Administrative Tribunals britannici*, in G. FALCON, B. MARCHETTI (a cura di), *Verso nuovi rimedi amministrativi? Rimedi giustiziali a confronto*, cit., 49.

⁴¹ E' prevista l'istituzione presso il *Crown Office* di una lista di magistrati dotati di *expertise* in *administrative law* ai quali vengono generalmente assegnate le controversie di questo tipo. Sul punto si rimanda a D. LONGLEY, R.H. JAMES, *Administrative Justice*, London, Sidney, Cavendish, 1999, 106.

⁴² Si fa riferimento alla riforma del 1977, proposta inizialmente sotto forma regolamentare come semplice modifica alle regole interne di funzionamento della *High Court* attraverso l'introduzione dell'*Order 53*, successivamente tradotta in legge attraverso la modifica della *Section 1* del *Supreme Court Act*; al s. 30 del *Civil Procedure Act* del 1981, la *Part 54* delle *Civil Procedures Rules* del 1988,

Tale procedimento ha inizio con la presentazione di un'*application for judicial review* diretta ad ottenere nei confronti di un atto amministrativo, ritenuto affetto da un vizio di legittimità, un *prerogative order* ovvero un ordine rivolto all'amministrazione interessata il cui contenuto può variare a secondo dei casi, potendo consistere in un *mandatory*⁴³, un *prohibiting*⁴⁴, un *certiorari* (l'*annullamento*), una *injunction*⁴⁵ o una *declaration*.

Esso si connota, inoltre, per il riconoscimento al giudice di ampi poteri discrezionali tanto nella valutazione della tempestività del ricorso proposto e nella valutazione dell'ammissibilità dell'azione ai fini della trattazione nel merito, quanto nella individuazione del rimedio più opportuno ed adatto al caso concreto, anche a prescindere dalla domanda di parte⁴⁶.

l'Access to Justice Act del 1999 e al *Supreme Court Act 1981* per i quali si rinvia a M.P. CHITI, *Cittadino e potere in Inghilterra*, 1990, 3 ss.; P. CANE, *An introduction to administrative law*, in *Public Law*, 1980, 88; P. CHIRULLI, *Attività Amministrativa e Sindacato Giurisdizionale in Gran Bretagna. Dal locus standi alla justiciability*, Torino, 1996, 85 ss. La nuova procedura dell'*application for judicial review* è stata introdotta con lo scopo di razionalizzare e semplificare il sistema dei rimedi di *public law* esperibili avverso l'azione illegittima delle autorità amministrative. In particolare, la riforma ha mirato ad unificare i diversi rimedi speciali di *public law* esistenti, connotati da un'assoluta disomogeneità procedurale, in un unico procedimento da svolgersi nelle forme dei *prerogative orders*. Il sindacato giurisdizionale sull'attività dei pubblici poteri avveniva in precedenza attraverso i tradizionali rimedi di prerogativa di *common law* o *public law remedies* (*mandamus*, *prohibition* e *certiorari*), cui entro determinati limiti potevano affiancarsi, cumulandosi, le azioni ordinarie di *declaration* e *injunction*. Sul punto va però richiamata la sentenza *O'Reilly v. Mackmann*, [1983] UKHL 1 (25 November 1983), in www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1983/1, che ha invece affermato la esclusività della procedura di *application for judicial review* per sindacare gli atti della pubblica amministrazione. Nel caso richiamato, a seguito di una rivolta carceraria, alcuni prigionieri erano stati condannati ad un periodo di isolamento e alla perdita del beneficio della liberazione anticipata da parte del Board of Visitors. I prigionieri intentavano un'azione ordinaria per far dichiarare la decisione viziata da eccesso di potere in quanto, tra l'altro, non era stato assicurato un processo equo. La Camera dei Lords rigettava il ricorso dichiarando come, a seguito delle riforme apportate al *judicial review* nel 1978, il giudice sarebbe incorso in un abuso di processo se avesse sindacato l'atto amministrativo contestato attraverso un'azione ordinaria, piuttosto che tramite la procedura di *application for judicial review*.

⁴³ Si tratta dell'ordine di eseguire le proprie funzioni secondo le norme che le regolano. Vi rientra ad esempio l'ordine di adottare una nuova decisione a seguito dell'*annullamento* dell'atto impugnato.

⁴⁴ Si tratta del divieto di adottare atti che eccedano dai propri poteri o contrari alla *natural justice*.

⁴⁵ L'ingiunzione ad una persona di non svolgere funzioni per le quali non è legittimata.

⁴⁶ Per un'analisi del *judicial review* nel Regno Unito si rinvia S. CASSESE, *La costruzione del diritto amministrativo in Francia e Regno Unito*, in S. CASSESE, *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003; P. CHIRULLI, *Attività Amministrativa e Sindacato Giurisdizionale in Gran Bretagna. Dal locus standi alla justiciability*, cit., 85 ss.; D. DE PRETIS, *Il processo amministrativo in Europa. Caratteri e tendenze in Francia, Germania, Gran Bretagna e nell'Unione europea*, Trento, 2000, 171; S. MIRATE, *L'alternativa tra forma e sostanza, un'analisi comparata tra vecchi e nuovi confini del judicial review of administrative action nel Regno Unito*, in *Forme e strumenti della tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi nel diritto italiano, comunitario e comparato*, (a cura di) G. FALCON, Milano, 2010, 149; S. PELLIZZARI, *La stabilità e la contestabilità del provvedimento nell'esperienza inglese*, in *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo nella prospettiva comparata*, (a cura di) G. FALCON, D. DE PRETIS, Milano, 2011, 95; E. MAROTTA, *La giustizia amministrativa in*

Quanto al primo aspetto, l'*application for judicial review* va presentata "tempestivamente", e in ogni caso entro tre mesi dal momento in cui sono emersi per la prima volta i motivi dell'illegittimità dell'atto o del comportamento dell'amministrazione⁴⁷, ed è subordinata al rilascio da parte della Corte di un *leave* preliminare, ora chiamato *permission*, con cui si ammette la trattazione nel merito della controversia⁴⁸.

La previsione di un termine per la contestabilità delle decisioni amministrative è posta a garanzia della certezza del diritto e della stabilità delle relazioni giuridiche instauratesi sulla scorta delle stesse⁴⁹.

Pur essendo predeterminato dalla legge, lo stesso è tuttavia suscettibile di essere diversamente apprezzato dal giudice ed affidato alla discrezionalità delle corti sulla scorta del requisito della *promptness* e questo, sia nel caso di ritardi ritenuti giustificabili, sia al fine di dichiarare come non tempestivi ricorsi che, pur contenuti nei termini di legge, sono considerati comunque tardivi in ragione degli interessi coinvolti.

In altri termini, ove il giudice accerti che il ricorso – pur se presentato nel termine decadenziale di tre mesi - può provocare a causa del momento in cui è proposto un pregiudizio sostanziale serio ai diritti dei terzi o alla buona amministrazione, può rifiutare la concessione del *leave*, dichiarando la domanda inammissibile. Inoltre, anche a seguito del rilascio del *leave*, e nella successiva sede di trattazione della domanda, il giudice potrebbe riconsiderare la questione dell'ingiustificato ritardo, respingendola nel merito sulla base di un bilanciamento tra interessi confliggenti e utilità conseguibili o nel caso in cui ai sensi dell'art. 31 del

Inghilterra, in G. RECCHIA (a cura di), *Ordinamenti europei di giustizia amministrativa*, cit., 654; J.A.G. GRIFFITH, C. HARLOW, *Principi del controllo giurisdizionale amministrativo in Inghilterra*, in AA.VV., *Il controllo giurisdizionale dell'attività amministrativa in Inghilterra*, Milano, 1983, 9; E. BALBONI, *Forme procedurali ed effetti del controllo giurisdizionale sull'amministrazione in Inghilterra*, in AA.VV., *Il controllo giurisdizionale dell'attività amministrativa in Inghilterra*, Milano, 1983, 189; R. COTTERRELL, *Judicial Review and Legal Theory*, in *Administrative Law & Government Action. The Courts and Alternative Mechanisms of review*, (a cura di) G. RICHARDSON, H. GENN, Oxford, 1994, 13; P.P. CRAIG, *Administrative Law*, cit., 367 ss.

⁴⁷ Così dispone l'Order 53 rule 4 delle *Rules of Supreme Court* del 1977.

⁴⁸ Sulla natura e consistenza del *leave* quale filtro di accesso al *judicial review* si rinvia a C. T. EMERY, *No Appeal Without Leave?*, in *New Law J.*, 1988, 257; M. SUNKIN, *Judicial Review: How is the leave filter working?*, in *New Law J.*, 1988, 257.

⁴⁹ Sul significato della previsione di un termine breve di decadenza per la contestazione giurisdizionale delle decisioni amministrative si vedano in giurisprudenza le decisioni *R. v. Exeter City Council ex p JL Thomas & Co* [1991]; *R. v. O' Reilly v. Macman* [1984].

Supreme Court Act ritenga che dall'accoglimento della *application for judicial review* tardivamente proposta possano derivare pregiudizi a terzi o all'andamento della pubblica amministrazione⁵⁰. Allo stesso modo può agire ove, nonostante il rispetto del termine di legge, valuti che il ricorso è prematuro perché sussisterebbe la possibilità di risolvere in via amministrativa la questione sollevata, attraverso la presentazione di un *appeal* o di altro rimedio preventivo rispetto al *judicial review*.

In definitiva, il rispetto del termine di tre mesi fissato dalla legge costituisce una mera presunzione di tempestività della domanda che, tuttavia, può essere superata attraverso una valutazione in concreto, specie nei casi in cui la decisione amministrativa produca effetti anche nei confronti di soggetti diversi da colui che si ritiene leso. Spetta al giudice investito della controversia non fermarsi alla mera verifica del dato temporale ma effettuare una più complessa valutazione basata su un raffronto tra tempestività della domanda, fondatezza delle censure, utilità positive derivanti al ricorrente dall'accoglimento della domanda ed eventuali pregiudizi per i terzi e per la speditezza e la certezza dell'azione amministrativa⁵¹.

L'ampiezza dei poteri discrezionali attribuiti al giudice deputato a conoscere delle controversie di *public law* è ancora più visibile in sede di concessione del *leave*⁵² nel rilascio del quale l'*High Court* gode, infatti, di una discrezionalità molto

⁵⁰ Si veda il caso *R. v. Stratford-on-Avon-District, ex parte Jackson*, 1985, 1 W.L.R.; e il caso *R. v. Swale Borough Council and another ex parte Royal Society for the Protection of Birds*, 1991, in *Journal of Public Law*, 1991, 39. In quest'ultimo caso la corte esaminava un'impugnazione tardivamente proposta contro un diniego di vendita diretta di prodotti farmaceutici da parte di alcuni medici aveva pregiudicato gravemente i diritti ormai consolidati di terzi ad aprire una farmacia. La domanda veniva respinta per *undue delay* in quanto i giudici affermavano che pur mancando nel caso esaminato un nesso causale diretto tra il ritardo nella presentazione dell'*application* e il pregiudizio arrecato ai terzi il giudice era tenuto comunque a valutare il merito della domanda, per legge inammissibile perché proposta tardivamente, proprio alla luce dell'eventuale pregiudizio arrecato ai terzi.

⁵¹ Numerosi i casi in cui l'azione è stata dichiarata inammissibile perché esercitata non *promptly* anche se rispettando il termine di tre mesi: *R. v. Independent Television Commissioners ex p. TV NI Ltd* [1991] TLR 606, *R. v. Cotswold District Council ex p. Barrington Parish Council*, (1997) 75 P. & C. R. 515, 552, *R. v. Bath City Council ex p. Crobie* [1995] C.O.D. 283, *R. v. Greenwich London Borough Council ex p. Governors of John Ball Primary School* [1990] C.O.D. 103. Per un'analisi approfondita delle questioni legate alla previsione del *time limit* per i rimedi giudiziali di *public law* a partire dalle sue origini applicative, fino all'esame delle conseguenze sul piano sostanziale si rinvia a S. PELLIZZARI, *La stabilità e la contestabilità del provvedimento nell'esperienza inglese*, in G. FALCON, D. DE PRETIS (a cura di), *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo nella prospettiva comparata*, cit., 95 ss.

⁵² Si tratta in sostanza di un'autorizzazione preliminare rilasciata dal giudice adito che condiziona l'ammissibilità dell'azione proposta, fungendo da filtro rispetto all'accesso della trattazione del merito del ricorso. Lo strumento consente, infatti, di evitare che vengano coltivate liti meramente temerarie prive, già *ictu oculi*, di una qualsivoglia fondatezza nel merito, svolgendo al contempo una funzione

ampia atteso che la norma che disciplina l'istituto si limita a subordinare il rilascio dell'autorizzazione alla sussistenza in capo all'*applicant* di un *sufficient interest*, concetto di per sé vago e molto ampio che comprende non solo le valutazioni in ordine alla sussistenza di una legittimazione in capo al ricorrente ma anche relative alla fondatezza del ricorso proposto⁵³.

Ancora più ampia è la discrezionalità attribuita, per legge, al giudice nel concedere o meno il rimedio richiesto, avendo questi sia il potere di concedere o negare il rimedio, anche indipendentemente dalla fondatezza o meno dei motivi formulati dal ricorrente, quanto di optare per la concessione di uno strumento di tutela diverso, ove gli appaia più efficace e meno costoso di quello oggetto della domanda proposta.

L'ampio margine di scelta attribuito alla corte nell'esercitare tali poteri valutativi si fonda non solo sulla valutazione dei presupposti processuali o della natura giuridica della questione ad essa sottoposta ma anche e soprattutto nella scelta del miglior rimedio da concedere al ricorrente. Nella valutazione di questo elemento la corte può tener conto di una serie di fattori di opportunità tra cui: la scarsa idoneità del rimedio richiesto a modificare la situazione sostanziale del ricorrente, la natura strettamente procedurale del vizio dedotto, la valutazione di fattori di convenienza per la pubblica amministrazione o per i terzi, la disponibilità di altri rimedi meno costosi non solo sotto il profilo strettamente economico ma soprattutto di costi sociali, optando quindi per il rimedio che riesca a garantire la soddisfazione della pretesa sostanziale del ricorrente ma allo stesso tempo ad arrecare il minor numero di

deflattiva del carico giudiziario delle corti oltre che di accelerazione dei tempi processuali necessari a dare al ricorrente in tempi brevi e con minori costi l'orientamento della Corte sulla questione sollevata. Si rinvia a S.A. DE SMITH, H. WOOLF, J. JOWELL, *Judicial review of administrative action*, cit., 661.

⁵³ Nell'applicare la norma la giurisprudenza ha evitato di restringere il concetto di *sufficient interest* necessario ai fini del *locus standi*, preferendo rimetterne l'individuazione alla piena discrezionalità dei singoli giudici in relazione alla specificità del caso concreto sottoposto alla propria cognizione e, in particolare, alla natura e gravità del vizio denunciato. Uno dei criteri che generalmente emerge dall'analisi delle pronunce è, infatti, il rapporto di proporzionalità tra la gravità dell'illegittimità denunciata e la concessione del *leave*: quanto più il vizio è grave tanto più probabile sarà la concessione dello *standing*, viceversa in presenza di forme lievi di illegittimità il giudice di norma conduce una valutazione più severa del requisito del *locus standi*. La richiesta del *leave* da avvio ad una fase processuale a carattere preliminare *stage of leave* alla quale partecipano solo il giudice e il ricorrente senza coinvolgimento né dell'amministrazione né di eventuali controinteressati. P. CANE, *An Introduction to administrative law*, cit., 49.

svantaggi a carico dei terzi controinteressati e a salvaguardare la “convenienza” per la pubblica amministrazione coinvolta⁵⁴.

Nello specifico l'accoglimento del rimedio giurisdizionale finalizzato ad ottenere un *certiorari*, ovvero l'annullamento di una decisione illegittima dell'amministrazione pubblica, comporta, in generale, la conseguenza di rendere retroattivamente nullo l'atto impugnato. Anche qui, tuttavia, esistono una serie di temperamenti alla portata retroattiva dell'annullamento giurisdizionale.

In primo luogo, le corti riconoscono la possibilità di riconoscere un'efficacia limitata ad un atto viziato di cui sia stato disposto l'annullamento, facendone salvi gli effetti prodotti nel periodo intercorrente tra la sua adozione e il riconoscimento giurisdizionale della sua invalidità, ogni qual volta risulti che i terzi abbiano regolato le proprie vite facendo affidamento sulla validità dell'atto⁵⁵. Riconoscono altresì il potere di evitare di far discendere dall'accertamento dell'esistenza di un *error of law* il necessario annullamento dell'atto laddove, in relazione alla natura del vizio, la

⁵⁴ Si veda il caso *R. v. Monopolies and Mergers Commission, ex parte Argyll Group plc.*, 1986, 1 W.L.R., 763 in cui veniva contestata da una ditta concorrente la decisione con cui il Presidente della Commissione aveva deciso di archiviare un'inchiesta sulla validità di un'offerta presentata da altra ditta concorrente. I giudici, pur avendo esaminato i poteri del Presidente della Commissione e non escluso che ricorressero delle irregolarità, hanno tuttavia ritenuto di rigettare ugualmente la domanda motivando sulla scorta di esigenze di celerità dell'azione amministrativa e di tutela dell'affidamento dei terzi. In dottrina per un'analisi della discrezionalità del giudice inglese nella scelta del rimedio e per la modulabilità della tutela erogata sulla base delle esigenze dell'Amministrazione si rinvia a P. CHIRULLI, *Attività amministrativa e sindacato giurisdizionale in Gran Bretagna. Dal locus standi alla justiciability*, cit., 93 ss.; C. HARLOW, *Law and Administration*, London, Weidenfeld and Nicolson, 286.

⁵⁵ Si veda il caso *Percy v Hall* (1997) Q.B. 924, at 950-952 ; *R. v Central London County Court Ex p. London* (1999) Q.B. 1260. Nel primo caso i querelanti erano stati arrestati per violazione di alcune norme statutarie successivamente dichiarate invalide. Gli stessi avevano pertanto proposto un'azione di risarcimento danni contro la polizia per illegittima detenzione. La corte rigettò il ricorso proposto basandosi sul presupposto per cui nel momento in cui l'arresto era stato eseguito le norme sulla scorta delle quali le forze dell'ordine avevano proceduto erano almeno apparentemente valide e quindi tali da generare da parte delle stesse un legittimo affidamento in ordine alla legittimità della propria condotta. Nel secondo caso, il querelante era stato arrestato e successivamente rilasciato in via condizionale sulla base di un calcolo effettuato in base ad un metodo previsto da una norma di legge, successivamente dichiarato errato per effetto di una sopravvenuta interpretazione giurisprudenziale con la conseguenza che, sulla base della nuova metodologia di calcolo dichiarata corretta questi avrebbe dovuto essere rilasciato prima. La *House of the Lords* esclude l'esistenza di una responsabilità civile a carico delle autorità che avevano errato nel calcolo dei termini di decorso della pena, non potendosi tener conto del mutamento giurisprudenziale verificatosi nell'interpretazione della norma esistente. Sulla portata non necessariamente retroattiva dell'annullamento, in dottrina, P.P. CRAIG, *Administrative Law*, cit. 695 e 765. Per un commento a queste pronunce e per un approfondimento sul potere delle corti inglesi di riconoscere un'efficacia limitata ad un atto viziato di cui sia stato disposto l'annullamento si rinvia a D. FELDMAN, *Error of law and flawed administrative acts*, in *Cambridge Law Journal*, 2014.

sanzione dell'annullamento appaia eccessiva e sproporzionata⁵⁶. Ciò sulla base della considerazione che il principio secondo cui ogni *error of law* rende la decisione *ultra vires* e quindi *non-existent in law* non debba operare alla stregua di un automatismo ma presuppone un giudizio normativo separato. In altri termini, per stabilire se un atto vada annullato non è sufficiente accertare che sia affetto da un *error in law* ma occorre altresì valutare se l'errore è sufficientemente importante da rendere la decisione amministrativa interamente inefficace⁵⁷.

Inoltre, le Corti dispongono, per espressa previsione di legge, di un ulteriore potere: ove ritengano che sussistono le condizioni per annullare la decisione amministrativa oggetto di un'*application for judicial review*, possono rimettere la questione all'autorità interessata con l'indicazione di reconsiderarla alla luce delle indicazioni e dei principi statuiti all'interno della pronuncia e di adottare una decisione conforme alle risultanze del giudizio, evitando in tal modo di pronunciare una sentenza di annullamento con tutte le conseguenze che la stessa comporterebbe specie in relazione alla validità degli atti *medio tempore* adottati sulla base di quello in contestazione e dell'affidamento riposto dai terzi sulla validità ed efficacia dello stesso⁵⁸.

La mancata previsione ed adozione da parte delle corti inglesi della tecnica della modulazione temporale dell'efficacia della sentenza di annullamento, come in uso negli altri sistemi giuridici esaminati, non toglie, quindi, che anche questo ordinamento di *common law* conosca meccanismi funzionalmente analoghi, volti

⁵⁶ Si richiama in proposito il caso *R. (Hurley and Moore) v Secretary of State for Innovation, Business and Skills*, in *EWHC 201 (Admin)*, 2012 e in *HRLR 374*, [91], [96], [99], 2012, con nota di E. L.J. SEE TOM HICKMAN, *Too hot, too cold or just right? The development of public sector equality duties in administrative law*" [2013] *P.L.* 325. Si tratta di un ricorso proposto alla *Divisional Court* con il quale i ricorrenti impugnavano norme regolamentari che autorizzavano le università, a determinate condizioni, ad addebitare commissioni di tra £ 6.000 e £ 9.000 all'anno a studenti universitari europei, al posto del precedente *range* compreso tra £ 1.310 e £ 3.290. Nonostante la corte adita ravvisava un'effettiva violazione del principio di uguaglianza nel settore del diritto pubblico, ed in particolare in quello dell'istruzione, rifiutava tuttavia di far discendere dall'accertamento dell'illegittimità della norma regolamentare la sua dichiarazione di nullità e quindi la sua rimozione retroattiva in quanto le conseguenze relative sarebbero state sproporzionate comportando per tutte le altre università l'impossibilità di riscuotere il pagamento delle tasse anche da parte di quei soggetti che non erano i diritti destinatari dei doveri di uguaglianza inadempiti dallo Stato. In questa circostanza dunque la Corte si è limitata a dichiarare che il Segretario di Stato non era riuscito a rispettare i suoi doveri di uguaglianza nel settore del diritto pubblico ma a tale declaratoria non ha fatto seguito l'annullamento delle norme regolamentari impuginate.

⁵⁷ C. FORSYTH, *The rock and the sand*, (2013) 18 *J.R.* 360; J. N. E. VARUHAS, *The reformation of English administrative law? 'Rights', rhetoric and reality*, [2013] *C.L.J.* 369; a D. FELDMAN, *Error of law and flawed administrative acts*, cit.

⁵⁸ Si tratta dell'*Order 53* regola (5); *Supreme Court Act* 1981, s.31 (5) SI 2000/2092, CPR r.54.19(2)

cioè a temperare gli effetti pregiudizievoli derivanti da un'applicazione rigida della regola della retroattività della sentenza di annullamento.

Così, il considerevole ventaglio di poteri discrezionali concessi al giudice delle controversie di *public law* consente di adeguare la tutela offerta al ricorrente alle esigenze del caso concreto, operando bilanciamenti tra gli interessi pubblici rilevanti e gli interessi dei terzi coinvolti tali da rendere il giudice inglese un vero e proprio “amministratore del ricorso giurisdizionale”⁵⁹.

5. *Considerazioni conclusive. Il potere di modulazione temporale in prospettiva comparata: verso un progressivo processo di convergenza dei modelli processuali?*

L'analisi comparata dimostra come le esigenze che hanno portato al riconoscimento della tecnica della modulazione temporale ad opera della giurisprudenza delle corti sono avvertite in modo pressoché analogo nei diversi ordinamenti esaminati.

Come si è avuto modo di apprezzare, tutti i sistemi analizzati conoscono strumenti finalizzati a rendere più flessibili le conseguenze derivanti dall'accoglimento dell'azione di impugnazione degli atti amministrativi rispetto alle esigenze reali, non solo del ricorrente, ma anche dei terzi e dell'interesse pubblico.

In quest'ottica, il rimedio della modulazione temporale dell'efficacia della sentenza di annullamento è forse uno degli strumenti toccati dal processo di progressiva convergenza tra modelli processuali in atto tra i diversi sistemi di giustizia amministrativa⁶⁰.

⁵⁹ Espressione utilizzata da B. MARCHETTI, *Il giudice amministrativo tra tutela soggettiva e oggettiva: riflessioni di diritto comparato*, in *Dir. proc. amm.*, 1/2014, 104.

⁶⁰ In tal senso A. TRAVI, *Verso una convergenza dei modelli di processo amministrativo?*, in G. FALCON (a cura di), *Forme e strumenti della tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi nel diritto italiano, comunitario e comparato*, Padova, 2010, 9 ss. per il quale la convergenza si desumerebbe, in negativo, dal superamento di un modello meramente annullatorio e, in positivo, dall'assegnazione al giudice amministrativo di poteri più ampi di quelli di annullamento; S. CASSESE, *La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo – Diritto amministrativo generale*, I, Milano, 2000, 90, che si interroga sul se sia più corretto parlare di “*crescenti convergenze di singoli istituti in contesti che rimangono radicalmente diversi*” o, piuttosto, di “*contesti ormai divenuti in larga misura simili*” sia pur con “*differenze profonde tra i singoli istituti*”. In senso analogo, M. FROMONT, *La convergence des systèmes de justice administrative en Europe*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 125 ss.; ID, *Droit administratif des Etats européens*, Paris, 2006, 551 ss.; G. MARCOU, *Caractères généraux et évolution*

Tale convergenza dei modelli processuali europei nel settore del processo amministrativo si registra principalmente attraverso due importanti fenomeni. Da un lato, il superamento del modello annullatorio con attribuzione alla sentenza di annullamento di una funzione non meramente cassatoria ma produttiva di effetti ulteriori, finalizzati ad anticipare, già alla fase cognitoria, contenuti tipici della successiva attività esecutiva della pubblica amministrazione in modo da condizionarne lo svolgimento e l'esito. Dall'altra il riconoscimento al giudice amministrativo di poteri più ampi rispetto ai soli poteri di mero annullamento⁶¹.

In sostanza, la quasi generalità dei sistemi di giustizia amministrativa dei paesi europei ha visto negli ultimi anni una trasformazione radicale del ruolo e del contenuto della sentenza di annullamento che è andata progressivamente arricchendosi, nell'ottica di garantire una maggiore effettività della tutela giurisdizionale al ricorrente, attraverso l'ampliamento del novero di utilità dalla stessa ottenibili, anche attraverso un'anticipazione alla fase cognitoria di risultati di norma conseguibili solo nella successiva fase esecutiva e, allo stesso tempo, di adeguarsi alle specificità dei casi concreti da regolare.

Il dato comune che emerge è il riconoscimento dell'insufficienza della sentenza di annullamento per una tutela piena ed effettiva del cittadino e, conseguentemente, l'attribuzione al giudice amministrativo di poteri via via più ampi indirizzati ad incidere sull'attività successiva dell'amministrazione. Nell'ambito dei diversi sistemi esaminati, infatti, pur permanendo la centralità dei rimedi aventi ad oggetto l'atto, si riscontra l'introduzione di strumenti e tecniche che consentono il

de la juridiction administrative en Europe occidentale, in *RFDA*, 2006, 84 ss.; J. BELL, *Convergences and Divergences in European Administrative Law*, in *Dir. pubbl. com.*, 1992, 3; M. LOUGHLIN, *The Development of public law in the United Kingdom*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 621; M.P. CHITI, *L'affermazione della giustizia amministrativa in Inghilterra: dalla common law al droit administratif?*, in *Cittadino e potere in Inghilterra*, a cura di M. CHITI, Milano, 1990, 19; B. MARCHETTI, *Pubblica Amministrazione e Corti negli Stati Uniti. Il Judicial Review sulle Administrative Agencies*, cit., 1 che parla di una "equivalenza funzionale" dei diversi modelli almeno in relazione alla rintracciabilità di una "comune piattaforma di problemi e soluzioni" in tema di equilibrio tra autorità e libertà.

⁶¹ Si fa riferimento al riconoscimento del potere di *astreintes* nel processo amministrativo francese o all'introduzione delle sentenze ordinatorie nel giudizio contro il silenzio dell'amministrazione nell'ordinamento italiano. Parla in proposito di cambio di paradigma E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa. Un cambio di paradigma?*, Milano, 2010.

superamento della prospettiva meramente cassatoria e l'estensione del giudizio al rapporto, anche attraverso l'affermazione di un sindacato sostanziale più incisivo⁶².

L'affermazione della tecnica di modulazione si inserisce, pertanto, nel solco di questo processo di convergenza, trattandosi di uno strumento introdotto in molti ordinamenti proprio allo scopo di rispondere alle esigenze sopra evidenziate e, in continuità con il processo di trasformazione del ruolo del giudice. Consentendo di modulare la tipologia e l'efficacia temporale delle conseguenze derivanti dalle sentenze di annullamento, si attribuisce al giudice il potere di incidere direttamente sulla successiva attività dell'amministrazione, prescindendo dalla produzione dell'effetto caducatorio e attribuendo alla pronuncia la sola efficacia conformativa, volta a ricondurre a legittimità l'azione amministrativa conseguente.

Sebbene con le diversità proprie di ogni sistema, infatti, le tecniche (o i poteri del giudice) presentano ovunque tratti di comunanza, non solo per quanto concerne le finalità cui tendono, ma anche per le modalità con cui in concreto vengono esercitate.

Come è stato evidenziato da più parti questo processo di convergenza non ha inciso tanto sui modelli di processo amministrativo adottati, ciascuno dei quali continua a preservare le proprie peculiarità, quanto piuttosto sui contenuti e livelli di tutela offerti al cittadino nei confronti dell'amministrazione. Oltre a costituire un importante elemento di omogeneizzazione tra i sistemi di giustizia amministrativa dei paesi europei continentali, la tecnica della modulazione temporale è espressiva anche di un ulteriore e altrettanto significativo fenomeno di avvicinamento tra il sistema amministrativo proprio dei paesi di *civil law* e quello dei sistemi a *common law*⁶³.

⁶² Si veda sul punto D. DE PRETIS, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, in G. FALCON (a cura di) *Il diritto amministrativo dei Paesi europei tra omogeneizzazione e diversità culturali*, Padova, 2005, 301 che conclude nel senso dell'esistenza di un "sistema integrato europeo di giustizia amministrativa".

⁶³ Sul fenomeno di avvicinamento del sistema amministrativo europeo-continentale c.d. a *droit administratif* - caratterizzato dalla centralità del potere esecutivo, dalla tendenziale unitarietà dell'amministrazione, dal carattere imperativo ed esecutorio degli atti amministrativi e dal dualismo giurisdizionale - e il sistema amministrativo dei paesi a *common law*, in particolare anglosassone e statunitense, caratterizzato al contrario da un maggior *self government*, dalla giurisdizionalizzazione dei procedimenti amministrativi e dal monismo giurisdizionale si rinvia a B. MARCHETTI, *Pubblica Amministrazione e Corti negli Stati Uniti. Il Judicial Review sulle Administrative Agencies*, cit., 270 ss.

Si fa riferimento al processo di convergenza delle forme di tutela del cittadino nei confronti dell'amministrazione pubblica tra sistemi ispirati a forme di dualismo giurisdizionale e che conoscono un processo amministrativo strutturato in modo del tutto autonomo rispetto alle ordinarie azioni civili, e sistemi propri dell'area di *common law* che, pur non essendo dotati di un processo amministrativo propriamente inteso, e pur essendo connotati da un monismo giurisdizionale, hanno con il tempo mostrato tratti di convergenza con i sistemi di giustizia amministrativa dei paesi di *civil law*.

Ne sono espressione, ad esempio, la previsione generale di un termine di impugnazione breve delle decisioni amministrative, non solo ai fini della contestazione degli atti individuali ma anche di quelli normativi, sintomatico dell'esigenza avvertita anche in questi sistemi di contemperare l'esigenza di legalità con quella di certezza del diritto. La previsione di una legittimazione più ampia per l'accesso al *judicial review* rispetto a quanto accade nel caso delle azioni ordinarie, elemento compatibile con l'idea che, in questi casi, l'azione non sia unicamente strumentale alla protezione del singolo ricorrente, ma anche occasione di verifica della correttezza dell'esercizio del potere pubblico. Non da ultimo, la centralità dell'annullamento tra i rimedi previsti a tutela del privato e la previsione come regola generale del *remand* all'amministrazione competente ai fini del riesercizio del potere in conformità alle statuizioni contenute nella pronuncia di annullamento.

La circostanza che la tecnica sia conosciuta e praticata anche nell'ordinamento statunitense, infatti, contribuisce - unitamente agli elementi evidenziati - a rintracciare in tale sistema numerosi punti di contatto con il sistema di tutela giurisdizionale amministrativa proprio dei paesi europei.

Un discorso a parte va invece fatto per il sistema inglese che, pur non adottando propriamente la tecnica della modulazione, attribuisce al giudice delle controversie pubbliche ampi poteri discrezionali, capaci di realizzare dinanzi a sé il contemperamento delle diverse esigenze sottese ad ogni azione impugnatoria. Il potere discrezionale del giudice inglese è, infatti, fenomeno diverso e non propriamente sovrapponibile al potere di modulazione che in qualche modo appare più ristretto.

CAPITOLO QUINTO

CONCLUSIONI: PROSPETTIVE EVOLUTIVE DELLA TECNICA DI MODULAZIONE TEMPORALE E DELL'ANNULLAMENTO GIURISDIZIONALE FLESSIBILE

SOMMARIO: 1. Il potere di modulazione temporale in prospettiva comparata. 2. Il nuovo modello di azione di “annullamento flessibile” e la trasformazione del ruolo del giudice amministrativo: da un “giudice controllore” a un “giudice amministratore”? 3. La tecnica della modulazione temporale in prospettiva evolutiva. Osservazioni conclusive.

1. Il potere di modulazione temporale in prospettiva comparata.

L'esame comparato delle esperienze giuridiche analizzate in tema di effetti della sentenza di annullamento dell'atto amministrativo illegittimo adottato dai giudici investiti delle controversie con la pubblica amministrazione consente di pervenire ad alcune considerazioni conclusive di carattere generale.

Il primo dato ad emergere in modo evidente è che in tutti i sistemi oggetto di indagine la tutela del cittadino contro l'illegittimo esercizio del potere amministrativo si attua, in via primaria, attraverso il ricorso ad una tutela di tipo demolitorio, a carattere costitutivo e a effetti retroattivi.

Ciò è sicuramente vero per l'ordinamento italiano dove, storicamente, la tutela del cittadino nei confronti dell'amministrazione è stata concepita in chiave impugnatoria e dove, nonostante la previsione a livello normativo, con il codice del processo amministrativo, di ulteriori rimedi giurisdizionali esperibili a tutela della posizione di interesse legittimo, l'azione di annullamento ha conservato un carattere centrale, tanto da costituire premessa indefettibile per l'esperibilità dell'azione di

adempimento ed elemento valutabile tra quelli idonei a comportare la riduzione o l'esclusione del risarcimento del danno da provvedimento illegittimo in caso di mancata impugnazione dello stesso nei termini di legge.

Lo è a maggior ragione per quello francese, dove nel *recours pour excès de pouvoir* la rimozione con efficacia retroattiva del provvedimento è stata a lungo considerata, e per certi versi lo è tuttora, come l'unica misura possibile e doverosa che il giudice amministrativo è tenuto a irrogare a fronte dell'accertamento dell'illegittimità dell'atto impugnato, secondo la logica cassatoria del “*tout ou rien*”, tipica di un contenzioso a forte caratterizzazione oggettiva ove la sanzione dell'annullamento retroattivo è ritenuta la più idonea a garantire il ripristino della legalità violata.

La situazione non muta di molto se si volge lo sguardo ad esperienze giuridiche tradizionalmente improntate ad una logica più soggettiva della giurisdizione amministrativa, come la Germania. Anche qui, infatti, come si è avuto modo di vedere l'*Anfechtungsklage*, la tipica azione di impugnazione, ha carattere costitutivo e portata retroattiva e resta il rimedio attraverso il quale si attua in via primaria la tutela dei diritti del cittadino contro l'amministrazione pubblica, sebbene il sistema tedesco si connoti per la ricchezza degli strumenti di tutela giurisdizionale offerti.

Nello stesso ordinamento dell'Unione europea l'azione di annullamento dell'atto comunitario illegittimo si pone come strumento principale nell'ambito della tutela giurisdizionale diretta dotata di natura costitutiva oltre che di portata retroattiva.

In modo analogo, nel sistema statunitense la pronuncia del giudice in sede di esercizio del *judicial review*, specie nei giudizi di impugnazione delle *rules*, ha una natura costitutiva comportando di norma, in caso di accoglimento del ricorso, l'annullamento retroattivo dell'atto contestato e il rinvio della questione all'amministrazione, c.d. *remand*, affinché provveda nuovamente, in conformità a quanto statuito dalla Corte.

Anche nel sistema inglese, infine, l'accoglimento del rimedio giurisdizionale finalizzato ad ottenere un *certiorari*, ovvero l'annullamento di una decisione

illegittima dell'amministrazione pubblica, comporta la conseguenza di rendere retroattivamente nullo l'atto impugnato.

La presenza di una gamma più o meno ampia di rimedi giurisdizionali alternativi rispetto a quello impugnatorio non è valse, quindi, a superare il dato della centralità del ruolo rivestito dall'azione di annullamento che continua a conservare nei vari ordinamenti, nonostante l'implementazione e la diversificazione degli strumenti di tutela offerti, una posizione preminente nel sistema di tutela del privato contro la pubblica amministrazione.

Il dato tuttavia innegabile è che tutti i sistemi analizzati, ciascuno nell'ambito delle peculiarità che li contraddistinguono, contemplano - a livello normativo o anche solo pretorio - strumenti e tecniche finalizzati ad attenuare il rigore derivante dalla rigida applicazione della regola della retroattività degli effetti della pronuncia di annullamento, andando nella direzione di favorire una maggiore flessibilità della tutela demolitoria, che ha visto progressivamente mutare i propri caratteri tipici, per adeguarsi alle specificità ed esigenze del caso concreto.

E' quanto accaduto, come si è visto, nel nostro ordinamento con l'introduzione di norme del calibro dell'art. 21-*octies* della legge sul procedimento amministrativo, in tema di non annullabilità del provvedimento amministrativo affetto da vizi meramente formali o procedurali, e dell'art. 34 comma 3 del c.p.a. che consente un accertamento non costitutivo dell'illegittimità del provvedimento per finalità esclusivamente risarcitorie; oltre che degli articoli 121 e 122 nel settore specifico degli appalti pubblici.

Lo stesso vale per la Francia dove, anche prima della formale consacrazione del potere di modulazione, il *Conseil d'État* aveva già elaborato una serie di tecniche correttive o neutralizzanti, come la *substitution de base légale et de motifs*, la *réserve d'intérêt général*, la teoria dei *vices non substantiels*, *l'annulation partielle*, *conditionnelle ou aux effets différés* che, pur consentendo al giudice amministrativo di rimanere nell'ambito del rispetto dell'alternativa rigetto/annullamento, gli hanno permesso di evitare annullamenti sostanzialmente inutili o di temperare le conseguenze pregiudizievoli a esso legate.

Anche, l'ordinamento comunitario conosce nell'applicazione pratica del rimedio giurisdizionale del giudizio annullamento molteplici eccezioni e meccanismi

di attenuazione del binomio illegittimità-annullamento retroattivo dell'atto, come la tecnica dell'annullamento parziale, la teoria della *défectabilité*, la compensazione dell'annullamento con il riconoscimento di un diritto alla riparazione. Oltre ad essere, tra l'altro, l'unico tra i sistemi analizzati a conoscere a livello normativo la tecnica della modulazione temporale da tempi molto più risalenti rispetto a quelli in cui lo strumento si è affermato negli ordinamenti nazionali degli Stati membri, potendo contare su una disposizione del Trattato che espressamente conferisce alla Corte di giustizia tale potere.

Sia pur con le necessarie differenze, legate alla specificità delle controversie pubbliche devolute alla cognizione del giudice, il fenomeno ha investito anche gli ordinamenti di *common law* se si pensa che, nel Regno Unito, l'*High Court* è sempre stata dotata di penetranti poteri flessibili nella valutazione delle condizioni processuali dell'azione, del rispetto dei termini di proposizione della stessa ed in modo particolare nella scelta del rimedio più adeguato alla fattispecie concreta *sub iudice*, che le hanno consentito di "modulare" il tipo di tutela offerta in ragione delle esigenze del caso concreto e dei riflessi della decisione sull'intero sistema.

Analogamente, nell'ordinamento statunitense il giudice conosce già da tempo la possibilità di pronunciare una sentenza meramente dichiarativa dell'illegittimità della *rule* contestata, cui non fa seguito la sua immediata caducazione ma solo il *remand* alla *agency*, affinché riprovveda in conformità del *decisum*.

Nell'ambito di questa generale tendenza ad una maggiore flessibilità dell'azione di annullamento dell'atto amministrativo illegittimo la quasi generalità degli ordinamenti analizzati si è dotata, a livello normativo o più spesso giurisprudenziale, della tecnica della modulazione temporale dell'efficacia della sentenza di annullamento o di meccanismi analoghi.

Ne emerge, dunque, come elemento unificante la derogabilità della portata costitutiva dell'annullamento giurisdizionale e della sua natura retroattiva.

Il giudice, dunque, una volta accertata l'illegittimità dell'atto impugnato, tende ovunque a disporre un annullamento valevole solo *ex nunc* e *pro futuro* - con salvezza di tutti gli effetti già prodotti dall'atto - o prescinde del tutto dallo stesso effetto caducatorio, limitandosi ad una pronuncia dichiarativa dell'illegittimità con finalità solo conformative.

Non sempre ciò accade in virtù della previsione di un potere modulatorio. Nelle esperienze tedesca e inglese, infatti, non può concretamente dirsi esistente un siffatto potere. Cionostante, come si è avuto modo di apprezzare, ambedue i sistemi conoscono il fenomeno della flessibilità dell'efficacia della sentenza dell'annullamento, sia pur secondo accezioni e modalità differenti.

La tecnica non è direttamente adottata nel Regno Unito, ma l'assenza di una sua espressa previsione è controbilanciata dalla considerevole flessibilità dei poteri esercitabili dall'*High Court* nella risoluzione delle controversie di *public law* che, le consentono di far salvi gli effetti già prodotti dall'atto annullato a seguito dell'accoglimento di un *certiorari* – alla stessa stregua di un annullamento *ex nunc* o *pro futuro* – o di non pronunciare l'annullamento richiesto, rimettendo la decisione all'autorità competente alla luce delle indicazioni ricavabili dal *decisum*, in modo analogo a quando avviene nei casi di annullamenti ad effetti solo conformativi, per effetto del ricorso alla tecnica modulatoria.

Anche in Germania manca un vero e proprio potere di modulazione da parte del giudice amministrativo, inteso come facoltà di operare un bilanciamento tra gli effetti che deriverebbero dalla sentenza di annullamento e i diversi interessi coinvolti, ma è conosciuta la natura flessibile dell'annullamento giurisdizionale ed è presente una forma peculiare di retroattività. Il giudice amministrativo, infatti, è tenuto a dichiarare l'illegittimità del provvedimento e a far decorrere gli effetti dell'annullamento a partire dal momento in cui si è attualizzata la lesione nel patrimonio giuridico del ricorrente e, quindi, anche in un momento successivo a quello dell'adozione dell'atto impugnato. La diversità della situazione tedesca va quindi ravvisata nel fatto che il giudice non opera una valutazione degli interessi ma si limita ad un intervento doveroso, ancorato cioè ad un dato oggettivo, che è il momento in cui si produce la lesione.

Pur nella diversità delle modalità con cui la modulazione dell'efficacia della sentenza di annullamento viene attuata nelle diverse esperienze esaminate emergono significativi elementi di convergenza.

Un primo elemento comune è la matrice della tecnica modulatoria che - fatta eccezione per l'ordinamento comunitario, dove poggia su un fondamento di diritto positivo in quanto prevista direttamente dal Trattato - in tutti gli altri sistemi è frutto

di elaborazione, più o meno recente, della giurisprudenza delle corti. Il dato è senz'altro significativo perché sintomatico delle ragioni che ne hanno determinato l'introduzione, legate ad esigenze contingenti delle singole fattispecie sottoposte alla cognizione dei giudici.

Tale dato porta a ritenere che una sua codificazione espressa sarebbe alquanto inopportuna, se non nella sola forma dell'autorizzazione all'esercizio di tale potere che potrebbe invece ritenersi auspicabile, e in alcuni casi persino necessaria, per superare le problematiche connesse alla compatibilità dello strumento con il principio di legalità e di riserva di amministrazione. L'assenza di un dato positivo di riferimento pone, infatti, qualche problema di ammissibilità e praticabilità della tecnica in quei sistemi, come quello italiano, ancorati ad un principio di legalità che impone la predeterminazione normativa degli effetti delle sentenze costitutive - quale quella di annullamento degli atti amministrativi - oltre che delle fattispecie in cui consentire una dissociazione tra accertamento dell'illegittimità di un provvedimento amministrativo e sua conseguente annullabilità.

In altri termini, l'esperienza dei diversi sistemi comparati dimostra la necessità che le condizioni, i limiti e le concrete modalità operative della tecnica non siano predefinite una volta per tutte dal legislatore. Per sua stessa natura e per le funzioni che è chiamata a svolgere la tecnica modulatoria necessita, infatti, di adeguamenti costanti alla specificità delle fattispecie da regolare. Solo in questo modo appaiono garantibili quelle esigenze di flessibilità che ne sono alla base.

Non è un caso, infatti, che anche nell'ordinamento dell'Unione europea, dove l'istituto trova espressa codificazione, la norma del Trattato si limita a conferire alla Corte di Giustizia il potere di indicare gli effetti da considerarsi come definitivi dell'atto dichiarato nullo, senza intervenire a disciplinare le concrete modalità di esercizio dello stesso che, infatti, sono state delineate dalla stessa Corte in sede di applicazione della tecnica. Lo stesso campo di operatività della norma, inizialmente limitata ai solo regolamenti, è stata estesa a tutte le altre tipologie di atti comunitari su sollecitazione della giurisprudenza europea che, quindi, ha svolto una rilevante opera di determinazione del contenuto e dei confini di tale potere.

Un ulteriore elemento di convergenza nell'uso della tecnica da parte dei diversi ordinamenti in comparazione si ravvisa nella natura degli atti a fronte dei

quali il potere è più spesso esercitato da parte dei giudici. La tecnica modulatoria ha, infatti, trovato il proprio principale campo di applicazione nei casi di impugnazione di atti amministrativi generali o a carattere normativo.

Non a caso, in Francia, l'elaborazione del potere di *modulation temporelle* è stata consacrata dal *Conseil d'État* a fronte della impugnazione da parte di alcune associazioni di categoria a tutela dei disoccupati di una serie di *arrêts d'agrément*, atti di natura regolamentare; in Italia la prima pronuncia in cui il Consiglio di Stato ha fatto uso della tecnica ha riguardato l'impugnazione di un piano faunistico da parte di un'associazione ambientalista; a livello europeo, il potere è nato ed è stato inizialmente previsto dal Trattato con esclusivo riferimento alle impugnazioni dei regolamenti comunitari. Nello stesso ordinamento statunitense lo strumento del *remand without vacation* è utilizzato nei soli giudizi di impugnazione delle *rules*.

Ciò si giustifica essenzialmente sulla base di due ordini di motivazione. In primo luogo si tratta di atti che, per loro stessa natura, hanno come destinatari una categoria ampia di soggetti e, quindi, sono potenzialmente in grado di incidere in senso pregiudizievole nella sfera giuridica di una moltitudine di individui. In secondo luogo, la loro rimozione retroattiva, diversamente da quanto accade nel caso di annullamento di un atto individuale, oltre a produrre effetti su una moltitudine di soggetti, è suscettibile di generare un vuoto nel sistema, con un potenziale pregiudizio dell'interesse pubblico a tutela del quale l'atto era stato adottato.

In altri termini, è proprio a fronte di questa tipologia di atti che emergono le esigenze principali che, attraverso il ricorso all'uso della tecnica, i giudici dei diversi sistemi considerati hanno inteso soddisfare e proteggere, rappresentando uno strumento idoneo a contenere la *vis* espansiva di un annullamento retroattivo.

Tuttavia, sebbene la tecnica trovi il proprio principale ambito di operatività a fronte dell'impugnazione di atti normativi o amministrativi generali, lo studio comparato ha consentito di fare emergere come, nel suo concreto sviluppo operativo, lo strumento sia stato progressivamente esteso, almeno in alcuni sistemi, anche all'area degli atti amministrativi individuali, con conseguenze non trascurabili.

E' ciò che è accaduto, per via normativa, a livello europeo a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, dove il nuovo articolo 264, comma 2, nel conferire alla Corte di Giustizia il potere di stabilire gli effetti delle proprie

sentenze, si riferisce ora genericamente all'“atto annullato” e non più ai soli regolamenti, dovendosi così contemplare una possibile estensione a direttive e decisioni.

In Francia, come in Italia, tale estensione è avvenuta per via giurisprudenziale anche se con significative differenze in ordine alle fattispecie che vi hanno dato origine e alle motivazioni che l'hanno giustificata. Nell'ordinamento francese, come si è visto, la tecnica è stata utilizzata a fronte dell'impugnazione dell'atto di nomina di un magistrato al fine di garantire non tanto gli interessi individuali del singolo colpito dall'annullamento, ma la continuità del servizio pubblico¹.

Diversamente, nell'ordinamento italiano, i casi di applicazione della tecnica modulatoria agli atti individuali appaiono più discutibili, trattandosi – come si è visto – di fattispecie in cui a venire in rilievo sono anche atti privi di concreta incidenza sulla sfera giuridica di terzi controinteressati rispetto ai quali, pertanto, difetterebbero le stesse esigenze che l'uso della tecnica tende a salvaguardare².

Al contrario, nel sistema statunitense la tecnica del *remand without vacation* è praticabile solo per le *rules*, quindi, per atti a contenuto normativo, essendo esclusa la praticabilità del rimedio nel caso di impugnazione degli *orders*, quindi degli atti delle *agencies* a carattere individuale.

Mentre nel Regno Unito ai fini dell'esercizio della discrezionalità del giudice la natura individuale o normativa dell'atto non rileva. Viceversa, in Germania, il potere del giudice amministrativo di far decorrere gli effetti della sentenza di annullamento dal momento in cui ha accertato la concretizzazione della lesione nella sfera giuridica del ricorrente riguarda i soli atti amministrativi a carattere unilaterale potendo l'*Anfechtungsklage* essere esercitata solo contro questa tipologia di atti e non anche avverso quelli normativi e regolamentari.

¹ Si tratta della pronuncia *France Télécom* con cui, per la prima volta, la tecnica modulatoria è stata utilizzata dal *Conseil d'État* per impedire effetti retroattivi all'annullamento dell'atto di nomina di un magistrato, quindi un atto individuale, onde evitare la compromissione dell'efficacia di tutti gli atti *medio tempore* adottati da questi, con conseguente grave compromissione del funzionamento della giustizia. Per un approfondimento si rimanda al capitolo II p. 5.2 e in particolare nota n. 150.

² Si fa riferimento alla sentenza Tar Liguria, sez. II, 22 gennaio 2014, n. 102 in www.giustizia-amministrativa.it in cui i giudici amministrativi hanno pronunciato un annullamento del provvedimento scolastico di non ammissione di una studentessa alla classe superiore e nella quale la limitazione dell'efficacia nel tempo della sentenza è stata motivata con l'esigenza di non pregiudicare la validità della carriera scolastica *medio tempore* seguita dall'alunna. Per un approfondimento si rimanda al capitolo I p. n. 3.3.

Altro aspetto cruciale ricavabile dall'indagine comparata è poi l'individuazione degli interessi a protezione dei quali i diversi ordinamenti che conoscono la tecnica di modulazione temporale ne fanno poi concretamente uso. Uno degli obiettivi iniziali che ci si è posti nell'analizzare l'esercizio del potere modulare in vari ordinamenti è stato, infatti, comprendere se esso costituisca effettivamente uno strumento ulteriore finalizzato a rendere più efficace la tutela del ricorrente o se, al contrario, non nasconda sullo sfondo, dietro l'apparente etichetta conferita dalle stesse corti che l'hanno coniato, l'esigenza di proteggere in modo più efficace l'interesse pubblico tutelato dal provvedimento impugnato, rimediando anche ad eventuali errori commessi dall'amministrazione. Da qui il timore che uno sconosciuto uso dello strumento possa degenerare in una forma di deresponsabilizzazione della pubblica amministrazione.

Lo studio dei casi concreti in cui il potere modulare è stato esercitato dai giudici nelle esperienze analizzate ci consente senz'altro di concludere nel senso che la tecnica della modulazione nasce e viene praticata principalmente come strumento atto a garantire una maggiore protezione di interessi pubblici che, tuttavia, in molti dei casi coincide con l'interesse di cui è portatore il ricorrente.

Non è un caso che, in Italia, l'obiettivo perseguito dai giudici del Consiglio di Stato nel disporre un annullamento ad effetti meramente conformativi del piano faunistico venatorio impugnato è stato la tutela dell'ambiente, atteso che un annullamento retroattivo avrebbe avuto come effetto deleterio quello di privare la regione di una qualsiasi forma di tutela faunistica e ambientale, sebbene nel caso di specie si trattava dello stesso interesse alla base del ricorso dell'associazione ambientalista.

Allo stesso modo, in Francia nel leading case *Association AC!* il *Conseil d'État* ha disposto, per la prima volta, un annullamento con efficacia solo *pro futuro* allo scopo di evitare gli effetti pregiudizievoli dell'annullamento retroattivo degli *arrêts d'agrément* che avrebbe generato non solo l'assenza di un sistema di protezione sociale contro la disoccupazione ma, altresì, il travolgimento delle convenzioni esistenti con conseguente obbligo di restituzione delle prestazioni già ricevute. Anche in questo caso l'interesse pubblico perseguito con l'uso della tecnica modulatoria coincide con l'interesse dell'associazione di categoria ricorrente.

Nell'ordinamento comunitario il ricorso alla tecnica è motivato da ragioni di sicurezza dei traffici giuridici, con particolare riferimento all'esigenza di garantire la certezza del diritto e all'elevato numero di rapporti che rischierebbero di essere pregiudicati da un annullamento retroattivo dell'atto comunitario, oltre che alla necessità di assicurare la continuità del servizio pubblico europeo e di evitare gravi sconvolgimenti economici.

Negli Stati Uniti il *remand without vacation* è tecnica utilizzata per le *rules* atti la cui rimozione retroattiva genera, inevitabilmente, per la loro natura normativa e per l'essere indirizzati ad una categoria ampia di destinatari, vuoti normativi nel sistema. Nello stesso sistema inglese, pur non essendo prevista una identica tecnica, il giudice, ogni qual volta risulti che i terzi abbiano regolato le proprie vite facendo affidamento sulla validità dell'atto, può far salvi gli effetti prodotti nel periodo intercorrente tra la sua adozione e il riconoscimento giurisdizionale della sua invalidità.

Più in generale, l'analisi casistica della giurisprudenza esaminata, anche nei suoi sviluppi successivi, ha consentito di accertare come il ricorso all'esercizio di tale potere sia per o più utilizzato dai giudici per evitare vuoti normativi del sistema ed effetti pregiudizievoli per diversi interessi pubblici quali la tutela ambientale, l'interesse alla corretta pianificazione territoriale e al conseguente sfruttamento edilizio, l'interesse a preservare l'equilibrio economico-finanziario del Paese e ad evitare gravi sconvolgimenti economico-sociali e l'esigenza di garantire la stabilità delle situazioni giuridiche coinvolte con particolare riferimento all'elevato numero di rapporti costituiti in buona fede sulla base dell'atto impugnato che rischierebbe di essere travolto e gravemente pregiudicato da un annullamento costitutivo e retroattivo.

In quest'ottica, lo strumento sembra porsi maggiormente a vantaggio dell'amministrazione pubblica o meglio dell'interesse che persegue consentendole di contemperare le esigenze di legalità, a fronte di illegittimità sostanziali accertate, con interessi pubblici di diversa natura. Infatti la pubblica amministrazione deve poi intervenire a riformare l'atto precedentemente adottato o ad emanarne uno nuovo.

Allo stesso tempo, tuttavia, lo studio delle applicazioni pratiche consente di affermare che la caratterizzazione maggiormente pubblicistica dello strumento non

collide con la qualificazione in chiave prettamente soggettiva cui da tempo tende la giurisdizione amministrativa, né frustra e vanifica le esigenze di effettività della tutela giurisdizionale, sottraendo strumenti di protezione al ricorrente.

I casi pratici esaminati permettono, infatti, di constatare come l'uso della tecnica non sia mai esclusivamente a tutela del solo interesse pubblico ma come si accompagni, nella maggior parte delle situazioni, alla valorizzazione della posizione individuale del ricorrente.

Ciò si riscontra soprattutto nelle fattispecie in cui l'annullamento retroattivo sarebbe comunque inidoneo a garantire la protezione di tale posizione o qualora addirittura finisca per ipergarantirla, offrendole una tutela sproporzionata o inutile anche tenendo conto dei pregiudizi arrecati ai terzi e all'interesse pubblico. Il richiamo è ancora una volta ai casi in cui l'annullamento, pur domandato dal ricorrente, non costituisca in realtà misura pienamente soddisfattiva dell'esigenze sostanziali avuta di mira, il quale impugna il provvedimento al solo fine di sfruttare il contenuto conformativo della relativa sentenza, e così ottenere l'adozione di un atto che tuteli meglio la propria posizione.

In definitiva può dirsi che, pur se volta allo scopo di proteggere l'interesse pubblico, la tecnica della modulazione temporale sia altresì funzionale a tutelare la posizione giuridica soggettiva del ricorrente, che non resta sullo sfondo ma viene opportunamente valorizzata, sia pur in rapporto agli altri interessi esistenti di cui il giudice amministrativo ritiene di dover farsi carico.

A ciò si aggiunga che in molti ordinamenti, è pacifico come l'accertamento dell'illegittimità dell'atto impugnato - sia pur non annullato o annullato solo *pro futuro* per effetto del ricorso alla tecnica modulatoria - consente l'accesso alla tutela risarcitoria che, quindi, si pone come valido strumento alternativo a quella demolitoria, resa inopportuna dall'esercizio del potere di modulazione³. In queste

³ La questione è tuttora oggetto di dibattito in Francia dove non è pacifico se, fermi gli effetti prodotti dalla modulazione sulla sorte dell'atto, il ricorrente possa poi agire sperando un'azione risarcitoria contro l'acclarato comportamento illegittimo dell'amministrazione. Si rimanda per un'analisi più approfondita della questione al capitolo II. In Italia, invece, esistono pronunce di merito in cui i giudici amministrativi si sono chiaramente espressi a favore della praticabilità della tutela risarcitoria anche a fronte di una sentenza di accertamento non costitutivo o retroattivo della illegittimità provvedimento a seguito dell'esercizio del potere modulatorio. Si vedano in tal senso Tar Abruzzo, sez. Pescara, 13 dicembre 2011, n. 693, in www.giustizia-amministrativa.it che, pur disponendo un annullamento *ex nunc* delle norme tecniche di attuazione a fronte dell'accertamento della loro illegittimità originaria, accoglie tuttavia la domanda risarcitoria contestualmente proposta dal

circostanze il danno prodotto dall'amministrazione per effetto dell'adozione del provvedimento illegittimo resta *contra ius* e la dissociazione tra illegittimità-annullabilità del provvedimento non recide il carattere di antigiuridicità necessario a fondare una responsabilità aquiliana in quanto non trova la propria fonte in una legge ma in un giudizio di ponderazione effettuato dallo stesso giudice.

2. *Il nuovo modello di azione di “annullamento flessibile” e la trasformazione del ruolo del giudice amministrativo: da un “giudice controllore” a un “giudice amministratore”?*

L'affermazione ormai indiscutibile della tecnica della modulazione temporale induce a riflettere sul rinnovato ruolo assolto nei moderni ordinamenti dall'annullamento giurisdizionale e dallo stesso giudice amministrativo.

Non è dubitale che la sua applicazione abbia finito con l'introdurre nei diversi ordinamenti che la contemplano un nuovo modello flessibile e “a geometrie variabili” di annullamento giurisdizionale che, valorizzando il ruolo pragmatico assegnato al giudice amministrativo, mira a fornire al ricorrente l'utilità necessaria e sufficiente ma evita al contempo, ove possibile, le conseguenze inutili o addirittura pregiudizievoli cui una sua rigida applicazione sarebbe in grado di condurre, sia rispetto all'interesse pubblico che alla posizione di terzi controinteressati.

L'azione di annullamento conserva, dunque, inalterata la sua centralità nel sistema di tutela apprestato al cittadino contro gli atti della pubblica amministrazione lesivi della propria sfera giuridica ma, al contempo, esce dai rigidi schemi in cui è stata a lungo contenuta per acquisire una fisionomia multiforme, adattabile alla specificità delle singole fattispecie, alla tipologia dell'atto impugnato, alla natura degli interessi in gioco, alla rilevanza dell'interesse pubblico tutelato e, più in generale, alle concrete esigenze del caso concreto.

I connotati, per molto tempo indiscutibili, della sua necessaria portata costitutiva ed efficacia retroattiva sono ormai posti in discussione e diventano

ricorrente relativamente ai danni sofferti *ab origine*; Tar Liguria, sez. II, 22 gennaio 2014, n. 102, in www.giustizia-amministrativa.it, che nel dichiarare l'illegittimità del provvedimento scolastico di mancata ammissione di un'alunna all'anno successivo e nel disporre l'efficacia *ex nunc* precisa che la dichiarazione di illegittimità originaria dell'atto è fatta anche in vista “dell'eventuale domanda di ristoro dei danni sofferti”.

recessivi di fronte all'esigenza di garantire una protezione adeguata all'interesse pubblico perseguito con il provvedimento impugnato e, allo stesso tempo, di fornire al ricorrente un rimedio che sia effettivamente soddisfacente della posizione sostanziale fatta valere in giudizio, salvaguardando anche le sfere giuridiche dei terzi direttamente o indirettamente coinvolti dalla vicenda amministrativa originata dall'adozione dell'atto.

In quest'ottica la tecnica della modulazione temporale porta senz'altro a compimento quel processo di progressiva flessibilizzazione dell'azione di annullamento che, come si è avuto modo di vedere nel corso dell'indagine comparata, ha connotato tutti i sistemi analizzati in misura più o meno intensa, sotto la spinta di un generale senso di insoddisfazione verso le limitazioni che una rigida tutela costitutiva necessariamente comportava.

Allo stesso tempo, essa inaugura nei diversi ordinamenti un rinnovato e più incisivo ruolo del giudice amministrativo che dismette le vesti del mero controllore della legalità dell'azione amministrativa e di censore degli atti viziati dalla stessa adottati per diventare protagonista della più complessa vicenda sottoposta alla sua cognizione.

L'essersi attribuito la facoltà di modulare gli effetti delle proprie sentenze di annullamento attraverso il ricorso alla tecnica modulatoria ha, infatti, ampliato in modo significativo l'ambito dei poteri non solo decisorii ma prima ancora cognitivi rispetto a quelli tradizionalmente attribuitigli in sede di esercizio della giurisdizione di legittimità.

Per valutare se esercitare o meno il potere di modulare gli effetti della sentenza di annullamento da pronunciare a seguito dell'accertamento dell'illegittimità dell'atto impugnato il giudice amministrativo è, infatti, chiamato a effettuare una complessa valutazione tra l'esigenza del ripristino della legalità violata, attraverso la rimozione retroattiva dell'atto viziato, e l'ulteriore trama di interessi che vengono in rilievo nella fattispecie concreta che rischiano di essere gravemente pregiudicati da questa decisione. In particolare, prima di decidere se pronunciare una sentenza che contenga un accertamento non costitutivo dell'illegittimità del provvedimento a soli effetti conformativi o che limiti *pro futuro* l'inefficacia dell'atto annullato, il giudice amministrativo opera una sorta di giudizio

di bilanciamento tra le diverse esigenze presenti. Si preoccupa cioè di verificare tutte le conseguenze suscettibili di derivare da un annullamento retroattivo dell'atto viziato, sia rispetto alla posizione sostanziale del ricorrente, sia in punto di incidenza sulla protezione dell'interesse pubblico, sia ancora avendo riguardo alla posizione degli eventuali terzi controinteressati.

Se all'esito di questa valutazione complessiva ritiene che le conseguenze di tale annullamento appaiono del tutto sproporzionate rispetto all'effettiva utilità conseguibile dal ricorrente, tenuto conto, tra l'altro, della rilevanza dell'interesse pubblico tutelato, del vuoto normativo che si genererebbe nel sistema, del numero considerevole di posizioni giuridiche coinvolte e pregiudicate, opta per l'esercizio del potere modulare e interviene a precisare gli effetti scaturenti dalla sentenza di annullamento.

Se ciò non pone particolari problemi in ordinamenti giuridici – come quello inglese – dove il giudice è tradizionalmente investito di ampi poteri discrezionali, appare più problematico in quegli ordinamenti, tra cui quello italiano, fondati sull'opposta tradizione che vede nel giudice amministrativo il censore della legalità amministrativa, tendenzialmente inabile a svolgere operazioni di bilanciamento e chiamato piuttosto, a fronte di atti illegittimi, a disporre la automatica rimozione retroattiva.

Si è, infatti, da più parti obiettato come, operando un giudizio di bilanciamento strumentale in sede di esercizio del potere modulatorio, il giudice amministrativo finirebbe con l'invadere uno spazio che, in tale ordinamento, il legislatore ha riservato alla sola amministrazione. Per tale via, si sostiene che attraverso la tecnica si introdurrebbero nell'ordinamento nuove ipotesi di giurisdizione di merito del giudice amministrativo in assenza di copertura legislativa.

È forse questo una dei principali punti deboli e di più accesa critica in punto di tenuta e di ammissibilità del potere modulare. Si esprimono, tuttavia, delle perplessità sulla fondatezza delle contestazioni sollevate.

In primo luogo, va evidenziato come la stessa evoluzione della tecnica abbia contribuito ad attenuare questo principale profilo di criticità. Sempre più spesso, infatti, accade nella prassi come sia la stessa amministrazione resistente costituita in giudizio (o i terzi controinteressati) a domandare al giudice amministrativo di

limitare le conseguenze e la portata dell'annullamento in modo da preservare le posizioni giuridiche coinvolte e l'interesse pubblico tutelato dal provvedimento affetto dai vizi denunciati. In tal caso, se è la stessa amministrazione resistente a chiedere di limitare gli effetti di un'eventuale sentenza di annullamento, onde preservare gli effetti già prodotti dall'atto, o a domandare di non disporre l'annullamento fino all'adozione di un nuovo provvedimento emendato dal vizio rilevato, è evidente che il giudice si limiterà a recepire una prospettazione fornita dalla stessa amministrazione e, quindi, non vi sarà una concreta ingerenza nell'esercizio del suo potere discrezionale.

Al di là di questo, non appare convincente ed insuperabile l'idea che riconoscere al giudice amministrativo il potere di modulare gli effetti delle proprie sentenze significhi necessariamente metterne in discussione la posizione di terzietà rispetto agli interessi in gioco e legittimare una indebita ingerenza dello stesso in un'attività di bilanciamento e cura dell'interesse pubblico che è istituzionalmente demandata all'amministrazione. Non a caso è ciò che il giudice amministrativo già fa, ad esempio, quando decide se concedere o meno una misura cautelare. Né si ritiene che il ricorso alla tecnica snaturi il ruolo del giudice amministrativo fino al punto di trasformarlo in un giudice amministratore, inaugurando un inedito fenomeno della discrezionalità del giudice.

A ben vedere, quando fa ricorso alla tecnica modulatoria il giudice non opera un bilanciamento tra interessi - come invece fa a monte l'amministrazione nello stabilire la modalità più opportuna per perseguire l'interesse pubblico alla cui cura è istituzionalmente preposta - ma bilancia piuttosto gli effetti che deriverebbero dalla pronuncia di annullamento ed interviene ad adottare la soluzione più opportuna che consenta di evitare o almeno di contenere le conseguenze pregiudizievoli ad essa legate.

Si ritiene, in sostanza, in accordo con quanto sostenuto da alcuni autori, che quando esercita questo tipo di potere il giudice amministrativo continui a rimanere terzo rispetto alle parti in giudizio e agli interessi individuali di cui le stesse sono portatrici⁴.

⁴ A. TRAVI, *Verso una convergenza dei modelli di processo amministrativo?*, in G. FALCON (a cura di), *Forme e strumenti della tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi nel diritto italiano, comunitario e comparato*, Padova, 2010, 9 ss.

In altri termini, l'esercizio del potere di modulazione fa sì che il giudice assuma una "responsabilità istituzionale" per il risultato della propria sentenza che comporta l'onere di farsi carico delle sole conseguenze che derivano dalle proprie statuizioni e nel contenerle, nei limiti del possibile, ove le stesse risultino eccessivamente gravose per le ragioni di utilità pubblica. Non comporta, invece, che questi si sostituisca a monte all'amministrazione nel suo processo decisionale di scelta dell'interesse da curare e della modalità più opportune per farlo, scelte che restano immutate e che, quindi, non vengono in alcun modo sottratte alla disponibilità del soggetto istituzionalmente preposto a compierle.

3. *La tecnica della modulazione temporale in prospettiva evolutiva. Osservazioni conclusive.*

Al di là di alcune perplessità che l'introduzione della tecnica modulatoria pone in termini di compatibilità con il sistema di giustizia amministrativa è innegabile come essa consenta di far fronte a una serie di esigenze concrete, di non trascurabile valore, che in molti degli ordinamenti esaminati sarebbero difficilmente risolvibili con il ricorso a strumenti normativamente disciplinati.

La tecnica si pone, infatti, come un utile meccanismo di flessibilità del sistema e opera alla stregua di valvola di sicurezza per l'adeguamento della pronuncia di annullamento degli atti amministrativi alle esigenze effettive del caso concreto e per il contenimento delle conseguenze disastrose che potrebbero altrimenti essere ingenerate dalla naturale portata retroattiva di tale pronuncia.

In particolare, la modulazione permette di dare una risposta soddisfacente alle istanze di tutela di quelle posizioni giuridiche sostanziali che non trovano nell'annullamento una piena efficacia satisfattiva. Come visto, si tratta di quei casi in cui il ricorrente lamenta che il provvedimento non tuteli sufficientemente la propria posizione giuridica, ovvero non garantisca all'interesse di cui è titolare una tutela giuridica pienamente satisfattiva. In tali casi, pur agendo attraverso un'azione di impugnazione del provvedimento, il ricorrente non ha interesse ad ottenere la rimozione retroattiva dell'atto, poiché questa non gli garantirebbe alcuna utilità, risolvendosi piuttosto in un pregiudizio tanto della sua posizione individuale che

dell'interesse pubblico. Questi è interessato all'effetto conformativo che scaturisce dalla sentenza di accertamento dell'illegittimità, perché è da questo che derivano una serie di prescrizioni che condizioneranno il riesercizio del potere e imporranno all'amministrazione l'adozione di un atto maggiormente soddisfacente.

La modulazione, ancora, evita di ledere le posizioni giuridiche consolidate di vaste categorie di controinteressati che rischierebbero di subire danni ingenti e considerevoli dalla rimozione retroattiva del provvedimento, specie quando intervenga a distanza di molti anni e in presenza di posizioni giuridiche di terzi ormai stabili offrendo, allo stesso tempo, un beneficio al ricorrente di gran lunga inferiore al nocumento arrecato ai terzi.

Essa consente, altresì, di tutelare l'interesse superindividuale protetto dal provvedimento impugnato, evitando vuoti di tutela e situazioni ancor più pregiudizievoli che deriverebbero dal suo annullamento retroattivo.

A nostro avviso, pertanto, molte delle critiche che sono state opposte dalla dottrina alla praticabilità della tecnica, specie nell'ordinamento italiano, dove lo strumento si è affermato solo di recente, possono essere superate alla luce di alcune considerazioni, oltre che dei considerevoli e innegabili vantaggi che il suo uso consente di ottenere.

Sotto il profilo processuale, ciò che si contesta nell'uso della tecnica è la violazione dei principi della domanda e di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, atteso che la stessa legittima il giudice a non disporre l'annullamento richiesto, nonostante l'accertamento della fondatezza delle doglianze della parte ricorrente, e ad attribuire al ricorrente una utilità diversa, in taluni casi ulteriore rispetto a quella richiesta.

In realtà, se si considera che ciascuna domanda di annullamento contiene in sé, e per definizione, il *quid minus* della domanda di mero accertamento dell'illegittimità con effetti non retroattivi o non eliminatori, la sentenza che, facendo uso della tecnica modulatoria, si limiti ad accertare l'illegittimità del provvedimento impugnato, senza disporre il *quid plus* dell'effetto caducatorio o ripristinatorio, ma garantendo comunque al ricorrente quanto necessario per soddisfare l'utilità richiesta sarebbe comunque coerente con il dettato dell'art. 112 c.p.c.

A ciò si aggiunga che, in molti ordinamenti giuridici, il ricorso alla tecnica in questione appare necessitato, attesa l'assenza di diverse azioni esperibili dal ricorrente per ottenere il soddisfacimento di questo tipo di pretese sostanziali. In Italia, ad esempio, la non praticabilità di una generale azione di mero accertamento, al di fuori delle ipotesi normativamente codificate, ha senza dubbio favorito il recepimento a livello giurisprudenziale della tecnica modulatoria, sulla scia di quanto già praticato in altri ordinamenti europei. I casi in cui il giudice amministrativo italiano ha esercitato il potere modulatorio, infatti, sono per lo più ipotesi in cui il ricorrente aveva esclusivo interesse al contenuto di accertamento proprio della sentenza di annullamento e a i conseguenti effetti conformativi in punto di obblighi scaturenti a carico dell'amministrazione, più che al tipico effetto demolitorio - ripristinatorio collegato all'azione di annullamento.

In sostanza, il ricorrente sceglie di praticare l'azione di annullamento per sfruttare solo alcune delle potenzialità ad essa riconnesse, non avendo a disposizione un diverso rimedio per ottenere quel risultato. In tal modo, l'assenza di rimedi *ad hoc* finalizzati alla tutela di quelle pretese sostanziali che non trovano nell'annullamento una piena efficacia satisfattiva ha agevolato l'introduzione del potere modulare.

Allo stesso tempo, non si ritiene che possa configurarsi alcuna violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, in quanto l'uso della tecnica consente di attribuire al ricorrente quanto strettamente necessario a soddisfare la propria pretesa sostanziale ma non più di questo, evitando effetti ulteriori non utili al soddisfacimento della posizione giuridica del ricorrente ma, al contrario, pregiudizievoli per l'interesse pubblico e per le posizioni dei terzi. Le applicazioni partecche della tecnica da parte dei giudici amministrativi hanno permesso, infatti, di appurare come la quasi generalità dei casi in cui la modulazione viene praticata siano in sostanza quelli in cui è lo stesso ricorrente che, nonostante l'impugnazione dell'atto, in realtà non vuole l'annullamento dello stesso, ma solo alcuni degli effetti riconnessi alla pronuncia di annullamento e, in particolare, quelli conformativi.

E' evidente, al contrario, che un uso distorto della tecnica che non tutelasse anche la pretesa sostanziale del ricorrente ma che la trascurasse completamente si risolverebbe senza dubbio in una violazione di entrambi i principi processuali

evidenziati. Non sembra tuttavia quanto sinora accaduto nelle fattispecie in cui i giudici amministrativi hanno fatto uso della tecnica.

Del pari infondata appare l'ulteriore obiezione secondo la quale il ricorso alla tecnica agevolerebbe forme di deresponsabilizzazione dell'amministrazione pubblica intervenendo *ex post* a sanare forme anche gravi di illegittimità dalla stessa, commesse in spregio alla normativa sostanziale e al rispetto del principio di legalità.

L'obiezione non convince sotto un duplice profilo.

In primo luogo, la tecnica modulatoria non funge da strumento di sanatoria *ex post* di provvedimenti illegittimi. In nessuno dei casi in cui è stata applicata dai giudici, infatti, si è giunti a sostenere che l'atto impugnato venga sanato a seguito dell'esercizio del potere modulatorio. Al contrario, il ricorso alla tecnica presuppone come dato di partenza l'accertamento della sussistenza del vizio di legittimità denunciato che resta illegittimo, anche se il giudice non fa discendere da tale accertamento le tipiche conseguenze ad esso riconnesse, rinunciando a rimuoverlo retroattivamente.

Inoltre, pur consentendo di prescindere dagli effetti costitutivi e ripristinatori dell'annullamento giurisdizionale o di limitarne la portata *pro futuro*, l'uso della tecnica modulatoria non lascia il ricorrente sprovvisto di forme di tutela alternative e compensative, per lo più di carattere risarcitorio, rispetto alla scelta del non annullamento dell'atto illegittimo. In altri termini, ammesso che, pur a fronte dell'accertamento della illegittimità dell'atto amministrativo impugnato, il giudice prescinda da un annullamento costitutivo dello stesso, o ne escluda la retroattività degli effetti, il ricorrente può comunque avvalersi di quella sentenza che contiene un accertamento, sia pur non costitutivo, della illegittimità del provvedimento per richiedere il risarcimento del danno, non venendo meno la responsabilità dell'amministrazione per l'adozione di un provvedimento illegittimo.

La praticabilità di una tutela risarcitoria anche a fronte di un annullamento irretroattivo consente, pertanto, di evitare che il ricorso a tale strumento si traduca in una forma di deresponsabilizzazione dell'azione pubblica e di sanatoria *ex post* delle illegittimità commesse.

Alla luce di quanto emerso appare dunque fuorviante continuare a disquisire sull'opportunità che il potere modulatorio trovi o meno ingresso negli attuali sistemi

di giustizia amministrativa. La prassi giudiziaria ha ampiamente dimostrato come la tecnica rappresenti un istituto vivente e pienamente operativo di cui è necessario prendere atto.

Sarebbe al contrario più produttivo un dibattito che, cogliendone le potenzialità applicative e le favorevoli ricadute pratiche, miri ad ottenere una più chiara regolamentazione della tecnica. Ciò allo scopo di evitare forme di abusi e derive nel suo esercizio, esattamente come accaduto in molti ordinamenti che adottano la tecnica già da tempo, come in Francia o negli stessi Stati Uniti.

I numerosi vantaggi che la tecnica presenta e la stessa indispensabilità in taluni casi dello strumento, non esclude, infatti, la necessità che esso sia accompagnato da precauzioni e garanzie, onde contenere i rischi e le anomalie che si sono evidenziati.

In particolare andrebbe garantita l'eccezionalità e straordinarietà dei casi in cui sia possibile farvi ricorso, evitando possibili dilatazioni eccessive del campo di operatività e riducendone l'uso ai casi strettamente necessari, non altrimenti fronteggiabili con i rimedi già codificati, magari sottoponendolo al medesimo test di proporzionalità cui fa ricorso la Corte Costituzionale italiana nell'adottare pronunce di illegittimità con clausola di irretroattività.

Sarebbe inoltre opportuna una procedimentalizzazione dell'*iter* attraverso il quale il giudice amministrativo perviene alla scelta di far ricorso al potere modulatorio, in maniera non dissimile a quanto utilmente previsto dal *Conseil d'État* o dalla stessa Corte Costituzionale francese, in modo da garantire il controllo sulle corrette modalità di esercizio dello stesso, che non può né deve sfociare in un esercizio assolutamente arbitrario.

Per scongiurare questo pericolo, l'esercizio del potere modulatorio da parte del giudice amministrativo andrebbe anche assoggettato ad uno stringente obbligo di motivazione sulle ragioni che hanno indotto a fare ricorso alla tecnica. Con la precisazione che tale obbligo non potrebbe dirsi assolto con il generico richiamo a frasi stereotipate ma richiederebbe una puntuale e circostanziata esternazione del giudizio di bilanciamento tra esigenze di ripristino della legalità e di tutela del singolo ricorrente e conseguenze sull'interesse pubblico e sulla posizioni giuridiche dei terzi, che è alla base della tecnica.

Sarebbe infine auspicabile una limitazione del ricorso alla tecnica da parte dei giudici ai casi di impugnazione di atti normativi o amministrativi generali, evitandone, invece, l'uso a fronte di provvedimenti individuali. Ciò non solo nell'ottica di evitare un'eccessiva proliferazione della tecnica, che finirebbe con lo snaturarne il carattere di rimedio eccezionale, ma soprattutto in considerazione del fatto che, a fronte di tali atti, difettano le stesse esigenze che hanno condotto alla sua introduzione.

Il rispetto di questi autolimiti da parte degli stessi giudici amministrativi garantirebbe un uso equilibrato dello strumento e consentirebbe lo sfruttamento a pieno delle importanti potenzialità che la tecnica presenta, consentendo di modellare la tutela costitutiva in ragione delle reali ed effettive esigenze del caso concreto e di rimediare a scelte processuali che, spesso, sono necessitate dall'assenza di rimedi alternativi più rispondenti alle concrete esigenze del ricorrente.

Allo stesso tempo, farebbe venir meno la necessità più volte evidenziata di una regolamentazione del potere modulatorio per via normativa, cosa che non pare auspicabile in considerazione delle esigenze di flessibilità che il suo esercizio richiede e che mal si concilierebbero con una predeterminazione del suo contenuto e dei limiti entro i quali può essere utilizzato dal giudice.

Ciò che invece appare più opportuno è un riconoscimento normativo del solo potere in capo al giudice amministrativo. Sotto questo aspetto sarebbe auspicabile, atteso il consolidamento dell'uso della tecnica nella giurisprudenza amministrativa, un correttivo al codice del processo amministrativo attraverso l'introduzione di una norma che si limiti tuttavia a statuire il potere del giudice amministrativo di modulare gli effetti della sentenza di annullamento.

La nuova disposizione potrebbe, ad esempio, trovare un'utile collocazione nell'art. 34 c.p.a., a margine della lettera *a*), attraverso una integrazione del testo vigente con la previsione del potere del giudice di precisare gli effetti dell'atto annullato da considerarsi definitivi, ove lo ritenga opportuno, in modo non dissimile da quanto già previsto nell'ordinamento comunitario.

L'operazione consentirebbe, infatti, di dotare la tecnica modulatoria di una base legale, così superando le difficoltà connesse al contrasto con il principio di legalità e di riserva di amministrazione, ma al contempo eviterebbe il rischio di

CAPITOLO V

privarla della flessibilità necessaria a preservarne il ruolo, sinora assolto, di strumento di adeguamento della sentenza di annullamento alle specificità ed esigenze delle singole fattispecie sottoposte alla cognizione del giudice amministrativo.

TAVOLA DEI CASI CITATI

ITALIA

- Cons. Stato*, Ad. Plen., 14 febbraio 2001, n.1 in *Urb. e App.*, 2001, 521
- Cons. Stato.*, sez. V, 22 maggio 2001, n. 2823, in *Cons. St.*, 2001, I, 1186
- Cons. Stato*, 30 settembre 2002, n. 5003 in www.giustizia-amministrativa.it
- Cons. Stato*, sez. VI, 22 ottobre 2002, n. 5799, in *Cons. St.*, 2002, I, 2300
- Cons. Stato* 25 gennaio 2003, n. 344 in www.giustizia-amministrativa.it.
- Cons. Stato*, 4 febbraio 2004, n. 395, in www.giustizia-amministrativa.it
- Cons. Stato* 14 febbraio 2003, n. 811 in www.giustizia-amministrativa.it
- Cons. Stato*, ord. 21 maggio, 2004, n. 3355, in www.giustizia-amministrativa.it
- T.A.R. Puglia*, Lecce, III, 9 settembre 2005, n. 4207 in www.giustizia-amministrativa.it
- T.A.R. Lombardia*, Milano, 22 marzo 2006 n. 1042 in www.giustizia-amministrativa.it
- TAR Friuli – Venezia Giulia*, 11 maggio 2006, n. 346 in www.giustizia-amministrativa.it
- Cons. Stato*, sez. VI, 16 maggio 2006, n. 2763 in www.giustizia-amministrativa.it
- Cons. Stato*, sez. VI, 7 luglio 2006, n. 4307 in www.giustizia-amministrativa.it
- Cons. Stato*, sez. VI, 17 ottobre 2006, n. 6194, in *Urb. e app.*, 2006, 12, 1482
- Cons. Stato*, sez. VI, 4 settembre 2007, n. 4614 in www.giustizia-amministrativa.it
- Cons. Stato*, sez. V, 17 settembre 2008, n. 4414, in *Foro It.*, 2009, 4, 3, 208
- Cons. Stato*, sez. VI, 2 febbraio 2009, n. 552 in www.giustizia-amministrativa.it
- Cons. Stato*, sez. VI, 16 ottobre 2007, n. 5409, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2008
- Cons. Stato*, sez. VI, 9 febbraio 2009, n. 717 in www.giustizia-amministrativa.it
- T.A.R. Lazio*, sez. I-bis, 3 novembre 2009, n. 10742 in www.giustizia-amministrativa.it
- T.A.R. Puglia*, Bari, sez. III, 11 febbraio 2010, n. 424, in www.giustizia-amministrativa.it
- Cons. Stato*, sez. VI, 15 aprile 2010, n. 2139, in *Giornale Dir. Amm.*, 2010, 6, 624
- T.A.R. Campania*, Napoli, sez. VII, 3 novembre 2010, n.22277 in www.giustizia-amministrativa.it
- Cons. Stato*, 6 dicembre 2010, n. 8550, in www.giustizia-amministrativa.it
- T.A.R. Lazio*, Roma, sez. I, 19 gennaio 2011, n. 472, in www.giustizia-amministrativa.it
- T.A.R. Lombardia*, Milano, sez. III, 4 febbraio 2011, n. 353, in www.giustizia-amministrativa.it
- Cons. Stato*, sez. V, 14 dicembre 2011, n. 6539, in www.giustizia-amministrativa.it.
- Cons. Stato*, sentenza 9 marzo 2011, n. 1488, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2011, 952
- Cons. Stato*, Adunanza Plenaria, 23 marzo 2011, n. 15, in *Urb. e App.*, 1/2012
- Cons. Stato*, sentenza 10 maggio 2011, n. 2755, in *Foro amm., C.d.S.*, 2012, 2, 427
- Cons. Stato*, sez. V, 12 maggio 2011, n. 2817 in www.giustizia-amministrativa.it
- T.A.R. Lombardia*, Milano, sez. IV, 5 ottobre 2011, n. 2352, in *Foro amm. – Tar*, 2011, 10, 3056
- T.A.R. Lombardia*, Milano, sez. III, 8 giugno 2011, n. 1428 in www.giustizia-amministrativa.it
- Cons. Stato*, Adunanza Plenaria, 29 luglio 2011, n. 15 in www.giustizia-amministrativa.it
- T.A.R. Campania*, Salerno, sez. II, 13 luglio 2011, n. 1292 in www.giustizia-amministrativa.it
- T.A.R. Puglia*, Bari, sez. III, 25 novembre 2011, n. 1807 in www.giustizia-amministrativa.it
- T.A.R. Abruzzo*, Pescara, 13 dicembre 2011, n. 693, in *Urb. e app.*, 2012, 707
- T.A.R. Abruzzo*, Pescara, 13 dicembre 2011, n. 700, in *Giur. It*, 2012, 2177
- Cons. Stato*, sez. V, 26 gennaio 2012, n. 340 in www.giustizia-amministrativa.it

CASI CITATI

Cons. Stato, sez. V, 30 gennaio 2012, n. 472, in www.giustizia-amministrativa.it
T.A.R. Lazio, sez. I, 13 febbraio 2012, n. 1432 in www.giustizia-amministrativa.it
T.A.R. Veneto, Venezia, sez. II, 14 febbraio 2012, n. 234 in www.giustizia-amministrativa.it
T.A.R. Puglia, Bari, sez. II, 1 marzo 2012, n. 460 in www.giustizia-amministrativa.it
T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 14 marzo 2012, n. 559 in www.giustizia-amministrativa.it
T.A.R. Lazio, sez. II ter, 13 luglio 2012, n. 6418 in www.giustizia-amministrativa.it
Cons. Stato, sez. VI, 13 settembre 2012, n. 4863, in www.giustizia-amministrativa.it
Cons. Stato, sez. V, 27 novembre 2012, n. 6002 in www.giustizia-amministrativa.it
T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 4 settembre 2012, n. 2220 in www.giustizia-amministrativa.it
T.A.R. Piemonte, Torino, 7 novembre 2012, n. 1159 in www.giustizia-amministrativa.it
T.A.R. Lazio, Roma, sez. IIIB, 3 dicembre 2012, n. 10081, in www.giustizia-amministrativa.it
Cons. Stato, 28 dicembre 2012, n. 6703 in www.giustizia-amministrativa.it
Cons. Stato, sez. V, 16 gennaio 2013, n. 231, in www.giustizia-amministrativa.it
T.A.R. Umbria, sez. I, 18 gennaio 2013, n. 20 in www.giustizia-amministrativa.it
T.A.R. Toscana, Firenze, 10 gennaio 2013, n. 7 in www.giustizia-amministrativa.it
T.A.R. Liguria, sez. II, 22 gennaio 2014, n. 102 in www.giustizia-amministrativa.it
Cons. Stato, sezione V, ordinanza 22 gennaio 2015, n. 284 in www.giustizia-amministrativa.it
Cons. Stato, Ad. Plenaria, sentenza 13 aprile 2015, n. 4 in www.giustizia-amministrativa.it
Corte Costituzionale, 11 febbraio 2015, n. 10, in www.cortecostituzionale.it
Cons. di Stato, Adunanza Plenaria, 13 aprile 2015, n. 4 in www.giustizia-amministrativa.it
Corte Costituzionale, 24 giugno 2015, n. 178, in www.cortecostituzionale.it
T.A.R. Lazio, Roma, 12 maggio 2016, n. 5653 in www.giustizia-amministrativa.it
T.A.R. Lazio, Roma, 16 maggio 2016, n. 5797 in www.giustizia-amministrativa.it
T.A.R. Lazio, Roma, 14 ottobre 2016, n. 10278, in www.giustizia-amministrativa.it

FRANCIA

Conseil d'Etat, 2 novembre 1923, *Assoc. des fonctionnaires de l'adm. Centrale des PPT, Lebon*, 699
Conseil d'Etat, 5 mars 1948, *Marion, Lebon*, 113
Conseil d'Etat, 12 janvier 1968, *Ministre de l'économie et des finances c/Mme Perrot, Lebon*, 39
Conseil d'Etat, 16 mai 2001, *Préfet de police*, in *AJDA*, 2001, 643
Conseil d'Etat, 29 octobre 2003, *Société Techna SA*, in *AJDA*, 2004, 540
Conseil d'Etat, 3 décembre 2003, *Préfet de la Seine-Maritime c/ El Bahi*, in *AJDA*, 2004, 202
Conseil d'Etat, 6 février 2004, *Mme Hallal*, in *RFDA*, 2004, 733
Conseil d'Etat, 11 mai 2004, *Association AC !*, in *AJDA*, 2004, 1183
Conseil d'Etat, 25 février 2005, *Association pour la transparence et la moralité des marchés publics (ATMMP)*, in *AJDA*, 2005, 668
Conseil d'Etat, 25 février 2005, *France Telecom*, in *AJDA*, 2005, 997
Conseil d'Etat, 11 janvier 2006, *Association des familles victimes du saturnisme*, in *AJDA*, 2006, 116
Conseil d'Etat, 21 décembre 2006, *Union syndicale solidaire fonctions publiques et assimilés*, in *AJDA*, 2007, 7
Conseil d'Etat, 16 juill. 2007, *Société Tropic Travaux signalisation*, in *AJDA*, 2007, 1577
Conseil d'Etat, 12 décembre 2007, *M. Sire*, in *AJDA*, 2007, 2407
Conseil d'Etat, 12 décembre 2007, *Vignard*, in *AJFP*, 2008, 172

CASI CITATI

- Conseil d'Etat*, 16 mai 2008, *Dpt du Val-de-Marne*, in *AJDA*, 2008, 965
- Conseil d'Etat*, 6 juin 2008, *Cons. Départemental de l'Ordre des chirurgiens-dentistes de Paris*, in *AJDA*, 2008, 1316
- Conseil d'Etat*, 11 juill. 2008, *Syndicat de l'industrie de matériels audiovisuels électroniques, Lebon*, 263
- Conseil d'Etat*, 21 novembre 2008, *Association des hôpitaux privés sans but lucratif*, in *AJDA*, 2008, 2201
- Conseil d'Etat*, 19 décembre 2008, *Kierzkowski - Chatal*, in *AJDA*, 2008, 2427
- Conseil d'Etat*, 3 mars 2009, *Association françaises contre les myopathies*, in *AJDA*, 2009, 461
- Conseil d'Etat*, 31 juill. 2009, *Ville de Grenoble, Société Gaz Électricité de Grenoble (GEC)*, in *AJDA*, 2009, 1522
- Conseil d'Etat*, ss. *Sect. réunies*, 13 janvier 2010, *Syndicat national CGT-Force ouvrière de l'ANPE*, in *AJDA*, 2010, 1222
- Conseil d'Etat*, 10 février 2010, *Perez*, in *AJDA*, 2010, 239
- Conseil d'Etat*, 12 mai 2010, *Fédération départementale des chasseurs de la Drôme, Dr. Soc.*, 2010, 1131
- Conseil d'Etat*, 17 décembre 2010, *Association UFC Que Choisir et autres et SA Rue du Commerce*, in *AJDA*, 2011, 854
- Conseil d'Etat*, 23 décembre 2011, *Danthony*, in *AJDA*, 2012, 7
- Conseil d'Etat*, 28 mars 2012, *Confédération générale des petites et moyennes entreprise*, in *AJDA*, 2012, 677
- Conseil d'Etat*, 1 juin 2012, *Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche publique, Syndicat national des enseignements du second degré, Syndicat national de l'enseignement supérieur FSU, Association Sauvons l'université*, in *AJDA*, 2012, 1088
- Conseil d'Etat*, 15 mai 2013, *Fédération nationale des transport routiers*, in *AJDA*, 2013, 1876
- Conseil d'Etat*, 23 décembre 2013, *Société Métropole Télévision (M6) et Société Télévision Française 1 (TF1)*, in *AJDA*, 2014, 4
- Conseil d'Etat*, 4 avril 2014, *Tropic Travaux*, in *AJDA*, 2014, 764
- Conseil d'Etat*, 11 avril 2012, *Gisti et Fédération des association pour la promotion et l'insertion par le logement*, in *AJDA*
- Conseil d'Etat*, ss-*sect. Réunies*, 14 mai 2014, *Fédération UNSA spectacle et communication*, à mentionner aux *Tables du Lebon*, e in *AJDA*, 2014
- Conseil d'Etat*, 28 mai 2014, *Association Vent de colère ! Fédération nationale et autres*, in *RFDA*, 2014, 783

UNIONE EUROPEA

- CGCE*, 27 marzo 1963, *Da Costa*, aff. 28 - 30/62, in *Raccolta*, 59
- CGCE*, 5 giugno 1973, *Commissione c/Consiglio* aff. 81/72, in *Raccolta*, 575, punto 15
- CGCE*, 8 aprile 1976, *C-43/75, Defrenne c/Sabena*, aff. 43/75, in *Raccolta*, 455 e in www.curia.europa.eu
- CGCE*, 19 ottobre 1977, *Rückwechsel*, aff. 117/76 e 16/77, in *Raccolta* 1753
- CGCE*, 19 ottobre 1977, *Moulins et huilieres de Pont-à-Mousson*, aff. 124/76 e 20/77, in *Raccolta*, 1795
- CGCE*, 27 marzo 1980, *Denkavit Italiana*, aff. 61/79, in *Raccolta.*, 1205
- CGCE*, 15 ottobre 1980, *Société coopérative Providence agricole de Champagne c/ONIC*, aff. 4/79, *Raccolta* 2853
- CGCE*, 15 ottobre 1980, *Maiseries de Beauce*, aff. 109/79, in *Raccolta*, 2883
- CGCE*, 15 ottobre 1980, *Roquette*, aff. 145/79, in *Raccolta*, 2971
- CGCE*, 20 marzo 1985, *Timex c/ Consiglio e Commissione*, aff. 264/82, in *Raccolta* 849

CASI CITATI

- CGCE, 15 gennaio 1986, *Pinna*, aff. 41/84, in *Raccolta*, 1205
- CGCE, 3 luglio 1986, *Consiglio c/Parlamento*, aff. 81/72, in *Raccolta*, 1986, 2155, punto 48
- CGCE, 17 febbraio 1987, *Samara*, aff. 21/86, in *Raccolta*, 1987, 795
- CGCE, 26 aprile 1988, *Asteris*, aff. 97, 193, 99, 215/86, in *Raccolta*, 2181
- CGCE, 29 giugno 1988, *Van Landschoot*, aff. 300/86, in *Raccolta*, 3443
- CGCE, 5 luglio 1995, *Parlamento c/ Consiglio*, C-295/90, in *Raccolta*, I-4193
- CGCE, 5 luglio 1995, *Parlamento c/ Consiglio*, C-21/94, in *Raccolta*, I-1827
- CGCE, 7 luglio 1992, *Parlamento c/ Consiglio*, C-295/90, in *Raccolta*, 1992, I, 493
- CGCE, 16 luglio 1992, *Parlamento c/ Consiglio*, C-65/90, in *Raccolta*, I-4593
- CGCE, 16 luglio 1992, *Legros*, C-163/90, in *Raccolta*, I-4625
- CGCE, 25 febbraio 1999, *Parlamento c/ Consiglio*, C-164 e C-165/97, in *Raccolta* I-1139
- CGCE, 15 dicembre 1995, *Union royale belge des sociétés de football association ASBL c. Jean-Marc Bosman*, in www.curia.europa.eu
- CGCE, 13 febbraio 1996, *Bautiaa*, C-197/94 e C-252/94, in *Raccolta*, 505
- CGCE, 7 marzo 1996, *Parlamento c/ Consiglio*, C-360/93, in *Raccolta*, I-1193
- CGCE, sentenza 12 maggio 1998, *Regno Unito c/ Commissione*, in www.eur-lex.eu.it.
- CGCE, 5 marzo 1998, *Commissione c/Francia*, C-175/97, in *Raccolta*, I-963
- CGCE, 10 febbraio 2000, *Schröder*, C-50/96, in *Raccolta*, I-473
- CGCE, 18 giugno 2002, *Royaume des Pays Bas c/Commission*, C-134/99, in *Raccolta*, 5521
- CGCE, 11 settembre 2003, *Commissione/Consiglio*, C-211/01, in *Raccolta*, I-8913
- CGCE, sentenza 1 ottobre 2009, *Commissione c/ Consiglio*, in www.curia.europa.eu

GERMANIA

- Corte amministrativa federale*, decisione 12 dicembre 1972, *BVerwGE* 41, 261
- Corte amministrativa federale*, decisione 22 gennaio 1973, *BVerwGE* 42, 296
- Corte amministrativa federale*, decisione 11 giugno 1975, *BVerwGE* 48, 305
- Corte amministrativa federale*, decisione 14 luglio 1978, *BVerwGE* 56, 155
- Corte amministrativa federale*, decisione 24 febbraio 1993, *BVerwGE* 92, 132
- Corte amministrativa federale*, decisione 20 agosto 1991, *DVBI*, 1992, 37
- Corte amministrativa di Hesse VGH*, decisione 22 marzo 1977, *DVBI*, 1978, 175
- Corte amministrativa VGH Mannheim*, decisione 16 marzo 1979, *DVBI*, 1979, 916
- Corte amministrativa VGH München*, decisione 30 marzo 1982, *BayBI*, 1982, 726
- Corte amministrativa VGH München*, *BayBI*, 1987, 749
- Corte costituzionale federale*, 14 marzo 1972, *BVerfGE* 33, 1
- Corte costituzionale federale*, 24 novembre 1998, *BVerfGE* 99, 300
- Corte costituzionale federale*, 21 marzo 1957, *BVerfGE* 6, 300
- Corte costituzionale federale*, 17 ottobre 1984, *BVerfGE* 68, 132
- Corte costituzionale federale*, 11 ottobre 1994, *BVerfGE* 91, 186
- Corte costituzionale federale*, 10 febbraio 2004, *NJW*, 2004, 750

STATI UNITI

CASICITATI

Oil & Gas Ass'n v EPA, 633 F.2d 803, 813 (9TH Circ. 1980)
Mid-Tex Electric Cooperative v. FERC, 773, F.2d 327 (D.C. Circ. 1985)
Chem. Mfrs. Ass'n v. EPA, 870 F.2d 177, 236 (5th Circ. 1989)
Fertilizer Inst. V. EPA, 935 F.2d 1303, 1312 (D.C. Circ. 1991)
Allied-Signal, Inc. v. U.S. Regulatory Comm'n, 988, F.2d 146, 150-51 (D.C. Cir. 1993)
Checkosy v. SEC, 23 F.3d 452 (D.C. Circ. 1994)
Chemical Manufacturers Assn. v. EPA, 28 F.3d 1259 (D.C. Cir. 1994)
American Medical Ass'n v. Reno, 57 F.3d 1129 (D.C. Cir. 1995)
Idaho Farm Bureau Federation v. Babbitt, 58, F.3d 1392 (9th Circ. 1995)
United Distrib. Cos. V. Fed. Energy Regulatory Comm'n, 88 F.3d 1105, 1191 (D.C. Circ. 1996)
MCI Telecommunications v. FCC, 143 F.3d 606 (D.C. Circ. 1998)
Milk Train, Inc. v. Veneman, 310 F.3d 747, 758 (D.C. Circ. 2002)
U.S. Telecom Ass'n v. FBI, 276 F.3d 620, 622, 627 (D.C. Circ. 2002)
Am. Radio Relay League, Inc. v. FCC, 524 F.3d 227 (D.C. Circ. 2008)
Comcast Corp. v. FCC, 579 F.3d 1, 12 (D.C. Circ. 2009)
PSEG Energy RES. & Trade, LLC v. FERC, 665 F.3d 203 (D.C. Circ. 2011)
Nat'l Ass'n of Regulatory Util. Comm'rs v. DOE, 680 F.3d 819, 820 (D.C. Circ. 2012)

REGNO UNITO

R. v. Aston University Senate, ex p. Roffey, 1969, 2 QB 538
O'Reilly v. Mackmann, [1983] UKHL 1, 25 November 1983
R. v. Stratford-on-Avon-District, ex parte Jackson, 1985, 1 W.L.R
R. v. Monopolies and Mergers Commission, ex parte Argyll Group plc., 1986, 1 W.L.R., 763
R. v. Swale Borough Council and another ex parte Royal Society for the Protection of Birds, 1991, in *Journal of Public Law*, 1991, 39
R. v. Bath City Council ex p. Crobie, 1995, C.O.D. 283
R. v. Independent Television Commissioners ex p. TV NI Ltd, 1991, TLR 606
R. v. Cotswold District Council ex p. Barrington Parish Council, 1997, 75 P & C.R. 515, 522
Percy v Hall, 1997, Q.B. 924, 950-952
R. v Central London County Court Ex p. London, 1999, Q.B. 1260
R. v. Hillingdon London Borough Council, ex p. London regional Transport, in *The Times*, 20 June 1999
R. v. Governor of Brockhill Prison Ex p. Evans (No.2), 2001, 2 A.C. 19
R (Al Veg Ltd) v. Hounslow London Borough Council, 2003, EWHC 3112 (Admin)
R. (on the application of Finn – Kelcey) v. Milton Keynes Council, 2008, EWCA Civ 1067
R (Buglife) v. Natural England, 2011, EWHC 746 (Admin)

BIBLIOGRAFIA

ORDINAMENTO ITALIANO

AA.VV., *La prassi del controllo di costituzionalità nell'attualità: tipologie di decisioni "di merito" nei giudizi sulle leggi. Incontro di lavoro con il Supremo Tribunale Costituzionale*, 17 marzo 2008, in *Consulta online*, 2008.

AA.VV., *Principio della domanda e poteri d'ufficio del giudice amministrativo*, Atti del convegno annuale AIPDA, Trento, 2012.

AAVV, *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere (Atti del seminario tenuto a Roma, Palazzo della Consulta, 23-24 novembre 1988)*, Milano, 1989.

AA.VV., *Espropriazione per pubblica utilità. A dieci anni dall'entrata in vigore del testo unico nuove questioni e vecchi problemi non risolti*, Atti del Convegno Nazionale di Studi dell'Associazione culturale magistrati amministrativi Art. 111, Reggio Calabria, 2013.

ABBAMONTE G., *Sentenze di accertamento ed oggetto del giudizio amministrativo di legittimità e di ottemperanza*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, 1988.

ALLORIO E., *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, in *Problemi di diritto*, Milano, 1957.

ANZON DEMMIG A., *La Corte costituzionale "esce allo scoperto" e limita l'efficacia retroattiva delle proprie pronunzie di accoglimento*, in *Giur. Cost.*, 2015, 67.

AUBY J.-B., *I diritti amministrativi dell'Europa: una convergenza verso principi comuni?*, in FALCON G., *Il diritto Amministrativo dei Paesi Europei tra omogeneizzazione e diversità culturali*, Padova, 2005, 363.

BALDUZZI D., *L'art. 34, comma 3, c.p.a. tra conversione dell'azione e interesse ai fini risarcitori, nota a Consiglio di Stato, 28 dicembre 2012, n.6703, sez. IV*, in *Resp. civ. e prev.*, 2013, n. 4, 1221.

BARTOLE S., *Elaborazione del parametro ed articolazione del dispositivo in una sentenza sull'ordinamento giudiziario militare*, in *Giur. cost.*, 1988, 1089.

BARTOLINI A., *La class action nei confronti della p.a. tra favole e realtà*, in *Giustamm.it*, 2009.

BARTOLINI A., *Una decisione poco europea, nota a commento di Cons. Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9*, in *Giorn. dir. amm.*, 10/2014, 932.

BENVENUTI F., *Autotutela (amm.)*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1959, 537.

BENVENUTI F., *Giudicato (dir. amm.) voce*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XVIII, Milano, 1969, 893.

BERTONAZZI L., *Sentenza che accoglie l'azione di annullamento amputata dell'effetto eliminatorio?*, in *Dir. proc. amm.*, 3/2012, 1128.

BIN R., *Quando i precedenti degradano a citazioni e le regole evaporano in principi*, in *forumcostituzionale.it*.

BUSSANI M., *La responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione per attività illegittima. Note di diritto comparato*, in *Resp. civ. e prev.*, 2000, 547.

BUZZI G., *La class action nella P.A.*, in *AltaLex.it*, 2010.

BIBLIOGRAFIA

- CACCIAVILLANI C., *Il giudicato*, in F.G. COCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2013, 547.
- CACCIAVILLANI C., *Sull'azione per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici*, in *Giustamm.it*, 2011.
- CAIANIELLO V., *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 1994.
- CAMMEO F., *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1960, 738.
- CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Vol. I, Milano, 275.
- CANNADA BARTOLI E., *Annulabilità e annullamento*, (voce), in *Enc. Dir.*, Milano, II, 1958, 495.
- CANNADA BARTOLI E., *Giustizia amministrativa*, in *Dig. disc. Pubbl.*, 1991.
- CAPONIGRO R., *Una nuova stagione per la tutela giurisdizionale degli interessi legittimi*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2012.
- CAPONIGRO R., *Il principio di effettività della tutela nel codice del processo amministrativo*, in *Foro Amm. - CdS*, 2011.
- CAPONIGRO R., *La valutazione giurisdizionale del merito amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2010.
- CAPPELLETTI M., *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano, 1968.
- CARAVITA B., *La modifica dell'efficacia temporale delle sentenze della Corte Costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1988, 2461.
- CARBONE A., *Azione di annullamento, ricorso incidentale e perplessità applicative della modulazione degli effetti caducatori*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2013, 2, 428.
- CARBONE A., *Azione di adempimento, disponibilità della situazione giuridica e onere della prova*, in *Foro amm. - Tar*, 2011, 2959.
- CARBONE A., *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, 2012.
- CARBONE A., *Modelli processuali differenziati, legittimazione e nuove tendenze del processo amministrativo nel contenzioso sugli appalti pubblici*, in *Dir. proc. amm.* 2/2014, 42.
- CAREDDA M., RUOTOLO M., *Virtualità e limiti del potere di regolazione degli effetti temporali delle decisioni d'incostituzionalità. A proposito della pronuncia sulla c.d. Robin tax*, in *Rivista AIC*, 2015, n. 2.
- CARINGELLA F., *L'annullamento a geometrie variabili nella più recente giurisprudenza amministrativa*, in *Giur. It.*, 2012, 2177.
- CARINGELLA F., *Architettura e tutela dell'interesse legittimo dopo il codice del processo amministrativo: verso il futuro!*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2011.
- CARINGELLA F., *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2005.
- CARINGELLA F., DE MARZO G., *La pregiudiziale amministrativa. Una storia infinita*, Roma, 2008.
- GAROFOLI R., *La pregiudizialità: per un superamento regolato*, in *Riv. Nel diritto*, 2009, 1338.
- CARINGELLA F., *Il sistema della tutela dell'interesse legittimo alla luce del codice e del decreto correttivo*, in *Urb. App.*, 2012, 17.

BIBLIOGRAFIA

- CARINGELLA F., *La giurisprudenza amministrativa regala all'interesse legittimo l'atipicità della tutela*, in *Il nuovo diritto amministrativo*, 2012.
- CARINGELLA F., *La riforma del procedimento amministrativo*, in *Urb. e App.*, 2005, 381.
- CARNACINI T., *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in *Studi in onore di Enrico Redenti*, Milano, 1955, II, 741.
- CARNEVALE P., *La dichiarazione di incostituzionalità sopravvenuta dell'art. 15 legge 180 del 1981 fra irrilevanza ed infondatezza della relativa "quaestio legitimitatis"*, in *Giur. it.*, 1989, I, 409.
- CARPENTIERI P., *Azione di adempimento e discrezionalità tecnica (alla luce del codice del processo amministrativo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 385.
- CARULLO A., *La sorte del contratto dopo l'annullamento dell'aggiudicazione: poteri del giudice e domanda di parte*, in *Giustamm.it*, 2010.
- CASSETTA E., *Osservazioni sull'ammissibilità di decisioni di mero accertamento da parte del giudice amministrativo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1953, 149.
- CASSATELLA A., *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Padova, 2013.
- CASSATELLA A., *Effetti dell'annullamento giurisdizionale e giudizio di ottemperanza, nota a sentenza Consiglio di Stato*, sez. VI, 16 ottobre 2007, n. 5409, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2008, 5, 528.
- CASSESE S., *La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo – Diritto amministrativo generale*, I, Milano, 2000.
- CAVALLO PERIN R., *Atti e Provvedimenti amministrativi*, in *Trattato Santaniello*, Padova, 1993.
- CERULLI IRELLI V., *Considerazioni in tema di sanatoria dei vizi formali*, in *Atti del convegno, Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*, Milano, 2004, 101.
- CERULLI IRELLI V., *Corso di diritto amministrativo*, Torino.
- CERULLI IRELLI V., *Giurisdizione amministrativa e costituzione*, in *Giur. cost.*, 2004, 3031.
- CERULLI IRELLI V., *Giurisdizione amministrativa e pluralità di azioni (dalla Costituzione al codice del processo amministrativo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 437.
- CERULLI IRELLI V., *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.* 2/2014, 341.
- CERVATI A.A., *Incostituzionalità delle leggi ed efficacia delle sentenze delle Corti costituzionali austriaca, tedesca ed italiana*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale*, cit., 287.
- CHIEPPA R., *Il nuovo processo amministrativo dopo il correttivo al Codice*, Milano 2012.
- CHIEPPA R., *La pregiudiziale amministrativa*, in R. CHIEPPA, V. LOPILATO, *Studi di diritto amministrativo*, Milano, 2007.
- CHINÉ G., *L'art. 21-octies comma 2 l. 241/1990 nel diritto vivente*, in www.giustizia.amministrativa.it, aprile 2008.
- CINTIOLI F., *In difesa del processo di parti*, in *Giustamm.it*, 2010.
- CINTIOLI F., *Le innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici - ancora in difesa del processo di parti-*, in *Dir. Proc. Amm.* 1/2012, 3.
- CINTIOLI F., *Note sulla cosiddetta class action amministrativa*, in *Giustamm.it*, 2010.

BIBLIOGRAFIA

- CINTIOLI F., *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Giustamm.it*, 1/2012.
- CIVITARESE MATTEUCCI S., *La forma presa sul serio – Formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità utile*, Torino, 2006.
- CLARICH M., *Azioni nel processo amministrativo*, in *Enc. Dir. on line*, 2012.
- CLARICH M., *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989.
- CLARICH M., *L'azione di annullamento (commento all'art. 29)*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2010.
- CLARICH M., *La class action di Brunetta. Ovvero come provare a migliorare la p.a. con la cosmesi*, in *Il Sole24Ore*, 2009.
- CLARICH M., *Le azioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 1121.
- CLARICH M., *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 557.
- CODACCI PISANELLI G., *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939.
- CONSOLO C., *Domanda giudiziale (voce)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. VII, Torino, 1991, 44.
- CONTIERI A., *Il riesame del provvedimento amministrativo*, Napoli 1991.
- CORAGGIO G., *Annullamento d'ufficio degli atti amministrativi*, in *Enc. Giur.*, 1991, II, 1.
- CORAGGIO G., *Autotutela*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1991, III, 1.
- CORSO G., *Art. 34*, in A. QUARANTA – V. LOPILATO, *Il processo amministrativo*, Milano, 2011, 341.
- CORSO G., *Autotutela (dir. amm.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, (diretto da) S. CASSESE, Milano, 2006.
- CORSO G., *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1969, 196.
- CORSO G., *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2010.
- CORSO G., *Processo amministrativo e tutela esecutiva*, in *Foro it.*, V, 1989, 421.
- CORTESE F., *L'Adunanza Plenaria e il risarcimento degli interessi legittimi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 962.
- CORTESE F., *L'insostenibile delicatezza dell'amministrazione per legge. Spunti di riflessione a margine delle vicende che hanno condotto all'approvazione della nuova disciplina sul risanamento e sulla risoluzione degli enti creditizi. Scritto per il Convegno «Salvataggio bancario e tutela del risparmio»*, in *Riv. dir. banc.*, 7, 2016.
- CORTESE F., *La questione della pregiudizialità amministrativa: il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo tra diritto sostanziale e diritto processuale*, Padova, 2007, 526.
- D'ANCONA S., *Riflessioni sul rapporto tra ricorso principale e incidentale alla luce della direttiva ricorsi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, 37.
- D'ORSOGNA M., *La fase decisoria*, in *Giustizia amministrativa*, (a cura di) F.G. Scoca, 283.
- DE GIORGI CEZZI G., *Interessi sostanziali, parti e giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2013.
- DE NICTOLIS E., *Artt. 121-125*, in A. QUARANTA, V. LOPILATO (a cura di), *Il processo amministrativo*, Milano, 2011, 1013.

BIBLIOGRAFIA

- DE PRETIS D., *Azione di annullamento e azione risarcitoria nel processo amministrativo*, in *Dir. e Form.*, 2002.
- DE PRETIS D., *Il processo amministrativo in Europa. Caratteri e tendenze in Francia, Germania, Gran Bretagna e nell'Unione europea*, Trento, 2000.
- DE PRETIS D., *L'azione e i poteri del giudice*, in AA.VV., *La tutela dell'interesse al provvedimento*, Trento, 2001, 29.
- DE PRETIS D., *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, in G. Falcon (a cura di) *Il diritto amministrativo dei Paesi europei tra omogeneizzazione e diversità culturali*, Padova, 2005.
- DE SIANO A., *Contributo sul tema della nullità dell'atto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 269.
- DELLA CANANEA D., *The Italian administrative procedure act: progresses and problems*, 2011, in *Ius Publicum*, 15.
- DI IORIO V., *Osservazioni a prima lettura sull'autotutela dopo la legge n. 124/2015*, in *Federalismi.it*.
- DEODATO C., *21-nonies*, in *Codice dell'azione amministrativa*, (a cura di) M.A. Sandulli, Milano, 2011.
- DI MAJO A., *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1987.
- DICKMANN R., *La Corte costituzionale torna a derogare al principio di retroattività delle proprie pronunce di accoglimento per evitare "effetti ancor più incompatibili con la Costituzione"*, in *Federalismi.it*, n. 4/2015.
- DIPACE R., *L'annullamento tra tradizione e innovazione: la problematica flessibilità dei poteri del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1273.
- DURET P., *La legittimazione ex lege nel processo amministrativo*, *Dir. proc. amm.*, 1999.
- F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21 octies, L. 241/90: quando il legislatore non può e non deve*, in *www.giustamm.it*.
- FALCON G., *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 287.
- FALCON G., *Lineamenti di diritto pubblico*, Padova, 2014.
- FALCON G., *Questioni sulla validità ed efficacia del provvedimento amministrativo nel tempo*, in *Dir. Amm.*, 2003, 37.
- FANTINI S., *L'inefficacia del contratto*, in B. SASSANI, R. VILLATA (a cura di), *Il processo amministrativo*, Torino, 2012, 1035.
- FELIZIANI C., *L'azione di mero accertamento nel processo amministrativo. Tra lacune legislative e istanze di tutela*, in *www.giustamm.it*, 18 gennaio 2013.
- FELIZIANI C., *Oltre le colonne d'Ercole. Può il giudice amministrativo non annullare un provvedimento illegittimo?*, in *Foro amm., C.d.S.*, 2012,2, 427.
- FERRARA L., *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna in facere*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 617.

BIBLIOGRAFIA

- FERRARA L., *I riflessi sulla tutela giurisdizionale dei principi dell'azione amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento: verso il tramonto del processo di legittimità?*, in *Dir. amm.*, 2006, 599.
- FERRARA L., *L'adunanza plenaria torna sul ricorso incidentale escludente, un errore di fondo?*, in *Giorn. dir. amm.*, 10/2014.
- FERRARA L., *La partecipazione tra "illegittimità" e "illegalità". Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, in *Dir. amm.*, 2008, 114.
- FERRARI E., PERFETTI L., *Commento all'art. 26 l. T.A.R.*, in A. ROMANO, R. VILLATA, *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Padova, 2009, 870.
- FERRI C., *Costitutiva (azione)*, in *Enc. giur.*, vol. X, Roma, 1988, 4.
- FERRI C., *Profili dell'accertamento costitutivo*, Padova, 1970.
- FIALAIRE J., KIMBOO J., *Le nouveau droit du procès administratif – les évolutions choisies, les évolutions subies*, Le Harmattan coll. « Logiques juridiques », 2013.
- FIDONE G., *L'azione per l'efficienza nel processo amministrativo: dal giudizio sull'atto a quello sull'attività*, Torino, 2012.
- FOÀ S., *Annullamento ex nunc e condanna dell'amministrazione ad un facere specifico. Nota a commento di TAR Abruzzo, sez. Pescara, 13 dicembre 2011, n. 693*, in *Urb. App.*, 2012, 707.
- FOIS S. *Considerazioni sul tema*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale*, Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, il 23 e 24 novembre 1988), Milano, 1989, 29.
- FOLLIERI E., *Considerazioni sul nuovo processo amministrativo*, in www.giustamm.it.
- FOLLIERI E., *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010 n. 53 e negli artt. 120 -124 del codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1067 ss.
- FOLLIERI E., *L'ingegneria processuale del Consiglio di Stato*, in *Giur. it.* 2012, 439.
- FONDERICO G., *I poteri del giudice nel processo amministrativo sui contratti pubblici*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2010, 887.
- FONDERICO G., *CDS: legittime le azioni di annullamento senza efficacia ex tunc*, in *Osserv. L.U.I.S.S. Guida al diritto*, www.lex24.ilsole24ore.com.
- FORNACIARI M., *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato*, Torino, 1999, 128.
- FORNACIARI M., *Ultimissime dal Consiglio di Stato: l'annullamento ... che non annulla!*, *Dir. proc. amm.*, 2013, 1662 ss.
- FRACCHIA F., *Il rito speciale sugli appalti e la sorte del contratto: un giudizio a geometria variabile e a oggetto necessario nel contesto della concorrenza*, in Giustamm.it, 2010.
- FRACCHIA F., OCCHIENA M., *Art. 21 octies, comma 2, Annullabilità del provvedimento*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione*, (a cura di) N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO, Torino, 2005.
- FRANCHINI C., *Giustizia e pienezza della tutela nei confronti della pubblica amministrazione*, in www.giustamm.it, n. 6/2009.
- FRANSONI G., *L'efficacia nel tempo della declaratoria di incostituzionalità della "Robin Hood Tax"*, in *Corr. trib.*, 2015, n. 13, 967.

BIBLIOGRAFIA

- GALETTA D.U., *Le garanzie procedurali dopo la legge 15/2005: considerazioni sulla compatibilità comunitaria dell'art. 21 octies L. 241/90, anche alla luce della previsione ex art. 41 CED*, in L.R. PERFETTI (a cura di), *Le riforme della l. 7 agosto 1990 n. 241 tra garanzie della legalità ed amministrazione di risultato*, Padova, 2008, 333.
- GALETTA D.U., *I procedimenti di riesame*, in AA.VV., *La disciplina generale dell'azione amministrativa* (a cura di) V. CERULLI IRELLI.
- GALETTA D.U., *Il procedimento amministrativo in Germania, fra previsioni in tema di partecipazione dei soggetti coinvolti e misure di accelerazione della sequenza procedimentale*, in *Il procedimento amministrativo fra semplificazione e partecipazione. Modelli europei a confronto*, Milano, 2000, 74.
- GALETTA D.U., *L'art. 21-octies della novellata legge sul procedimento amministrativo nelle prime applicazioni giurisprudenziali: un'interpretazione riduttiva delle garanzie procedurali contraria alla costituzione e al diritto comunitario*, in *Riforma della l. 241/90 e processo amministrativo*, in *Foro Amm., Tar.*, 91.
- GALETTA D.U., *L'autonomia procedurale degli Stati membri nell'Unione Europea: Paradise Lost?*, Torino, 2009.
- GALETTA D.U., *Notazioni critiche sul nuovo art. 21-octies della Legge 241/90*, in www.giustamm.it.
- GALETTA D.U., *Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento*, Milano, 2003.
- GALLO C.E., *I poteri del giudice amministrativo in ordine agli effetti delle proprie sentenze di annullamento*, *Dir. proc. amm.*, 2012, 280.
- GALLO C.E., *La class action nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Urb. App.*, 2010, 501.
- GARCÍA DE ENTERRÍA E., *Le trasformazioni della giustizia amministrativa. Un cambio di paradigma?*, Milano, 2010.
- GHETTI G., *L'annullamento dell'atto amministrativo (voce)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. I, Torino, 1987.
- GIANNELLI A., *Il revirement della Plenaria in tema di ricorsi paralizzanti nelle gare a due, le nubi si addensano sulla nozione di interesse strumentale*, in *Dir. Proc. Amm.* 2013, 1119.
- GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, Milano, 1988.
- GIANNINI M.S., *Sulla ripristinazione conseguente all'annullamento di un atto estintivo del rapporto di pubblico impiego*, in *Foro it.*, 1942, III, 146.
- GIARDINO E., *Dall'accessione invertita all'acquisizione provvedimentoale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 968.
- GIOVAGNOLI R., *Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere di legittimazione a ricorrere dell'AGCM nell'art. 21 bis l. 287 del 199*, in www.giustizia-amministrativa.it.
- GIOVAGNOLI R., *Effettività della tutela e atipicità delle azioni nel processo amministrativo*, in www.giustamm.it, 27 settembre 2013.
- GIOVAGNOLI R., *Ricorso incidentale e parità delle parti*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2009.
- GIUFFRIDA A., *La c.d. class action amministrativa: ricostruzione dell'istituto e criticità*, in [Giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2010.
- GIUSTI A., *Il contenuto conformativo della sentenza del giudice amministrativo*, Napoli, 2012.

BIBLIOGRAFIA

- GIUSTI A., *La "nuova" sentenza di annullamento nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1, 293.
- GLEIJESES A., *Per una teoria dell'azione processuale amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1961, 761.
- GOISIS F., *Il potere di iniziativa dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2013, 494.
- GRECO G., *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980.
- GRECO G., *La direttiva 2007/66/ce: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, 1029.
- GRECO G., *La trasmissione dell'antigiuridicità (dell'atto amministrativo illegittimo)*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2007, 32.
- GRECO G., *Per un giudizio di accertamento compatibile con la mentalità del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 481.
- GROSSO E., *Il governo degli effetti temporali nella sentenza n.10/2015. Nuova dottrina o ennesimo episodio di un'interminabile rapsodia?*, in *Giur. Cost.*, 2015, 79.
- GUICCIARDI E., *La giustizia amministrativa*, Padova, 1942, 218.
- GUICCIARDI E., *Sentenze dichiarative del giudice amministrativo?*, in *Giur. it.*, 1951, ora in *Studi di Giustizia amministrativa*, Torino, 1967, 346.
- LA VALLE F., *Il vincolo del giudice ai motivi di parte*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, 20.
- LACAVALA F., *L'invalidità del provvedimento amministrativo dopo la legge 15/2005: nullità e annullabilità*, in www.amministrazioneincammino.it, aprile 2006.
- LANZAFAME A., *La limitazione degli effetti retroattivi delle sentenze di illegittimità costituzionale tra tutela sistemica dei principi costituzionali e bilanciamenti impossibili. A margine di Corte costituzionale n. 10/2015*, in *Rivista AIC*, 2015, n. 2.
- LAZZARA P., *Contributo al dibattito sui vizi di forma del procedimento di cui all'art. 21 octies, l. 241/90*, in *Foro amm. – CDS*, 2009, 190.
- LAZZARA P., *Note in tema di vizi di forma e di procedimento di cui all'art. 21 octies l. 241/90*, in *AA.VV., Scritti in memoria di Roberto Marrama*, Napoli, 2012, 527.
- LEDDA F., *Dal principio di legalità al principio di infallibilità dell'amministrazione*, in *Foro Amm.*, 1997, 3303.
- LIPARI M., *L'annullamento dell'aggiudicazione e gli effetti sul contratto: poteri del giudice*, in *Giustamm.it*, 2010.
- LOPILATO V., *Categorie contrattuali, contratti pubblici e i nuovi rimedi previsti dal decreto legislativo n. 53 del 2010 di attuazione della direttiva ricorsi*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1326.
- LOPILATO V., *Vizi della procedura di evidenza pubblica e patologie contrattuali*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2006, 1519.
- LORIA E., *Accertata l'illegittimità dell'atto impugnato il giudice può decidere della non retroattività*, in *Guida al diritto*, 26 giugno, 2011, 109.
- LOSANA M., *Leggi provvedimento: la giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2015.

BIBLIOGRAFIA

- LUCIANI F., *Il vizio formale nella teoria dell'invalidità amministrativa*, Torino, 2003.
- LUCIANI F., *Processo amministrativo e disciplina delle azioni: nuove opportunità, vecchi problemi e qualche lacuna nella tutela dell'interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 2, 1128.
- MACCHIA M., *L'efficacia temporale delle sentenze del giudice amministrativo: prove di imitazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 12/2011, 1310.
- MAGLIARI A., *L'attuazione della direttiva sul risanamento e la risoluzione degli enti creditizi nell'ordinamento italiano: profili pubblicistici*, in M.P. CHITI, V. SANTORO (a cura di) *L'unione bancaria europea*, Pisa, 2016.
- MANDRIOLI C., CARRATTA A., *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2015, 99.
- MANGANARO F., *L'azione di classe in un'amministrazione che cambia*, in *Giustamm.it*, 2010.
- MARCHETTI B., *Annulamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto: esperienze europee a confronto*, in *Dir. proc. amm.*, 1/2008, 95 ss.
- MARCHETTI B., *L'eccezione di illegittimità del provvedimento amministrativo. Un'indagine comparata*, Trento, 1996.
- MARCHETTI B., *L'esecuzione della sentenza amministrativa prima del giudicato*, Padova, 2000.
- MARCHETTI B., *Recensione a: Giuseppe Tropea, Il ricorso incidentale nel processo amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2009, 263.
- MARCHETTI B., *Il giudice amministrativo tra tutela soggettiva e oggettiva: riflessioni di diritto comparato*, in *Dir. proc. amm.*, 1/2014, 104.
- MASSA M., *L'impugnazione dei regolamenti amministrativi*, in *Nel diritto*, 2012.
- MASSA M., *Regolamenti amministrativi e processo. I due volti dei regolamenti e i loro riflessi nei giudizi costituzionali e amministrativi*, Napoli, 2011.
- MASSA PINTO I., *La sentenza della Corte costituzionale n. 10 del 2015 tra irragionevolezza come conflitto logico interno alla legge e irragionevolezza come eccessivo sacrificio di un principio costituzionale: ancora un caso di ipergiurisdizionalismo costituzionale*, in www.costituzionalismo.it, 2015, n. 1.
- MASTROBERTI A., *"Robin hood tax" illegittima, irragionevole e mal strutturata, ma solo a decorrere dal futuro*, in *Il fisco*, 2015, n. 9, 866.
- MAZZAROLLI L., *La giurisdizione amministrativa è di diritto oggettivo?*, in *Dir. proc. amm.*, 1991.
- MAZZAROLLI L., *Ragioni e peculiarità del sistema italiano di giustizia amministrativa*, in L. MAZZAROLLI, *Manuale di diritto amministrativo*, II, Bologna, 1998, 1716.
- MERUSI F., *L'affidamento del cittadino, ora in Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni trenta all'alternanza*, Milano, 2001.
- MERUSI F., *Verso un'azione di adempimento?*, in *Scritti in onore di Giovanni Miele*, Milano, 1979, 337.
- MIDIRI F., *L'art. 21-octies della legge sul procedimento amministrativo è una disposizione di natura sostanziale o processuale?*, in *Foro amm. - CdS*, 2007, 261.
- MODUGNO F., *Annulabilità ed annullamento* (voce), in *Enc. Giur.*, vol. II, Roma, 1988, 1.

BIBLIOGRAFIA

- MORBIDELLI G., *Invalidità e irregolarità*, in *Annuario 2002 dell'Associazione Italiana dei professori di diritto amministrativo*, Milano, 2003.
- MORELLI M.R., “*Incostituzionalità sopravvenuta*” e decisioni di accoglimento “*dal momento in cui*”. *Spunti sull'ammissibilità di una nuova ipotesi tipologica di decisione di accoglimento parziale*, in *Giust. Civ.*, 1987, I, 776.
- NIGRO M., *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2002.
- NIGRO M. *Domanda (principio della) (Dir. proc. amm.)*, in *Enc. Giur.*, vol. XII, Roma, 1989, in *Scritti giuridici*, vol. III, Milano, 1996, 2005.
- NIGRO M., *Giustizia Amministrativa*, Bologna, 1983.
- NIGRO M., *Il giudicato amministrativo ed il giudizio di ottemperanza*, in AA.VV., *Il giudizio di ottemperanza. Atti del XXVII Convegno di studi di scienza dell'Amministrazione*, Milano, 1983, 70.
- NIGRO M., *Processo amministrativo e motivi di ricorso*, in *Foro it.*, 1975, e in *Scritti giuridici*, vol. II, Milano, 1996, 871.
- NIGRO M., *Sulla natura giuridica del processo di cui all'art. 27 n. 4 delle leggi sul Consiglio di Stato*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1954, 228.
- OCCHIENA M., *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002.
- ORLANDO V.E., *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. ORLANDO, III, Milano 1901.
- PAGNI I., *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Giustamm.it*, 2012.
- PAOLANTONIO N., *L'interesse legittimo come (nuovo) diritto soggettivo (in margine a Cons. Stato, Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3)*, in *www.giustamm.it*.
- PASSAGLIA P., *Problemi finanziari nella modulazione degli effetti nel tempo delle pronunce di incostituzionalità*, 2014, n. C.191, in *www.cortecostituzionale.it*.
- PATRONI GRIFFI P., *Class action e ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari pubblici*, in *Federalismi.it*, 2010.
- PINARDI R., *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi*, Milano, 2007, 25.
- PINARDI R., *La Corte e il legislatore: spunti e riflessioni in tema di efficacia pro futuro delle sentenze di accoglimento*, in *Giur. Cost.*, 1991, 788.
- PINARDI R., *La modulazione degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità e la logica del giudizio in via incidentale in una decisione di accoglimento con clausola di irretroattività*, in *Consulta online*, aprile 2011.
- PINARDI R., *La modulazione degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità e la logica del giudizio in via incidentale in una decisione di accoglimento con clausola di irretroattività*, in *Consulta online*, in *www.giurcost.org*, 2015, n. 1, 220.
- PIRAS A., *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, 1962.
- PIZZORUSSO A., *Soluzioni tecniche per graduare gli effetti nel tempo delle decisioni di accoglimento della Corte Costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1988, 2422.
- POLESE M., *L'equilibrio di bilancio come limite alla retroattività della sentenza di accoglimento (Commento alla sentenza della Corte costituzionale n. 10/2015)*, in *Rivista AIC*, aprile 2015, 8.

BIBLIOGRAFIA

- POLICE A., *Annullabilità e annullamento*, in *Enc. dir., Annali*, I, Milano, 2007, 70.
- POLICE A., *L'illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra c.d. vizi formali e vizi sostanziali*, in *Dir. amm.*, 2003, 738.
- PONTE D., *Art. 21-octies*, in *Commentario alla legge sul procedimento amministrativo*. S. COGLIANI (a cura di), Milano, 2007, 841.
- PONTE D., *Contratti, introdotta la pregiudiziale amministrativa*, in *Guida al dir.*, 2010, 31.
- PONTE D., *Efficacia ed Invalidità del provvedimento amministrativo*, in A. BOTTIGLIERI, S. COGLIANI, PONTE D., PROIETTI R., *Commentario alla legge sul procedimento amministrativo*, Padova, 2007.
- PROIETTI R., *Inutilità dell'annullamento dell'atto e accertamento dell'illegittimità del provvedimento*, nota a commento di Cons. Stato, Sez. V, 12 maggio 2011, 2817, in *Urb. app.*, 2011, 1347.
- PROTO PISANI A., *Note sulla tutela civile dei diritti*, in *Foro it.* 170.
- PROTO PISANI A., *Appunti preliminari su rapporti tra diritto sostanziale e processo*, in *Diritto e giurisprudenza*, 1978, 16 e 23.
- PROTO PISANI A., *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva (e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali)*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, 60.
- PROTO PISANI A., *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2006 .
- PUGIOTTO A., *La rimozione della pregiudizialità costituzionale nella sentenza n. 10/2015*, in *Giur. Cost.*, 2015, 90.
- PUGIOTTO A., *Un inedito epitaffio per la pregiudizialità costituzionale*, in *Forum di Quad. cost.*, 3 aprile 2015, 4.
- QUINTO P., *La specificità della giurisdizione amministrativa ed una sentenza di buon senso*, in *Giustamm.it*, 2011.
- RAMAJOLI M., *Principio della domanda e poteri d'ufficio del giudice*, in *Atti del Convegno Annullamento dell'aggiudicazione e patologie del contratto*, Firenze, 13 aprile 2012.
- RAMAJOLI M., *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1/2013, 100.
- RAMAJOLI M., *Le tipologie delle sentenze del giudice amministrativo*, in (a cura di) R. Caranta, *Il nuovo processo amministrativo*, Bologna, 2011, 573.
- RAMAJOLI M., *La Cassazione riafferma la giurisdizione ordinaria sul rapporto contrattuale tra amministrazione e aggiudicatario*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 523.
- RAMAJOLI M., *L'Adunanza plenaria risolve il problema dell'esecuzione della sentenza di annullamento dell'aggiudicazione in presenza di contratto*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 1154.
- RAMAJOLI M., *Il processo in materia di appalti pubblici da rito speciale a giudizio speciale*, in (a cura di) G. Greco, *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, Milano, 2010, 121.
- RENNA M., *Obblighi procedimentali e responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2005, 573.
- RENNA M., *Giusto processo ed effettività della tutela in un cinquantennio di giurisprudenza costituzionale sulla giustizia amministrativa: la disciplina del processo amministrativo tra autonomia e "civilizzazione"*, in *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, (a cura di) G. Della Cananea e M. Dugato, Napoli, 2006, 585.

BIBLIOGRAFIA

- RENNA M., SPEZZATI A., *Sulla natura della responsabilità della P.A. per violazione degli obblighi procedurali e di correttezza*, in *Giur. It.*, 2012, 2664.
- ROMANELLI V. M., *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939.
- ROMANO A., *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, in *Dir. amm.*, 1994, 635.
- ROMANO S., *Annulamento degli atti amministrativi (voce)*, in *N.ss. dig.it*, Torino, 1974, 645.
- ROMANO TASSONE A., *Vizi formali e vizi procedurali*, in *Giustamm.it*.
- ROMBOLI R., *L'obbligo per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine: natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti*, in *Forum di Quad. cost.*
- RUGGERI A., *Sliding doors per la incidentalità nel processo costituzionale (a margine di Corte cost. n. 10 del 2015)*, in *Consulta on line*, 9 aprile 2015, 2.
- SAITTA F., *Annulamento non pronunciabile o (inopportuna) preclusione all'autonoma deducibilità del vizio? (Discutendo con Leonardo Ferrara dell'art. 21 octies, comma 2, della legge n. 241 del 1990)*, in *Giustamm.it*, 2008.
- SAITTA F., *Art. 21 octies, comma 2, della legge n. 241 del 1990: ecco perché si finisce per "rimpiangere il passato" (Discussione con Leonardo Ferrara, atto quarto)*, in *Giustamm.it*, 2008, 272.
- SAITTA F., *L'art. 21-octies, comma 2, della legge n. 241 del 1990 approda alla Consulta: riflessioni su un (opina-bile) giudizio di (non) rilevanza (con G. Tropea)*, in *Giustamm.it*, n. 2/2010, e in *Dir. proc. amm.* 2010, 566.
- SAITTA F., *Contratti pubblici e riparto di giurisdizione: prime riflessioni sul decreto di recepimento della direttiva n. 2007/66/CE*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2010.
- SAITTA F., *Dell'azione di mero accertamento che ci sa-rebbe potuta essere... e che si auspica ci sarà comunque, a prescindere dalla scelta dei codificatori*, in *Giustamm.it*, n. 6/2010.
- SAITTA F., *Ancora sulla condanna dell'amministrazione ad adottare il provvedimento richiesto dal ricorrente: un'azione di adempimento che c'è, ma non si vede?*, in *Giur. it.*, 2012, 2673.
- SALA G., *Procedimento e processo nella nuova legge 241*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 589.
- SANDULLI A. M., *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato*, Morano, Napoli, 1963.
- SANDULLI A.M., *Il giudizio davanti al consiglio di stato e ai giudici sottordinati*, Napoli, 1963, 410.
- SANDULLI M.A., *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21 bis l. 287 del 1990*, in *Federalismi.it*, 2012.
- SAPIO M., *Un caso di sospensione degli effetti caducatori del giudicato amministrativo in applicazione della rilevanza del diritto europeo sul diritto processuale amministrativo nazionale*, in *Giustamm.it*, 2011.
- SASSANI B., *Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto – Ottemperanza amministrativa e tutela civile esecutiva*, Milano, 1997, 62.
- SASSANI B., *Riflessioni sull'azione di nullità*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 269;
- SATTA F. *Brevi note sul giudicato amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2007, 302

BIBLIOGRAFIA

- SCAGLIARINI S., *La Corte tra Robin Hood Tax e legislatore "Senzaterra"*, in *Consulta online*, in www.giurcost.org, 2015, n. 1, 232.
- SCOCA F.G., *I vizi formali nel sistema delle invalidità dei procedimenti amministrativi*, in V. PARISIO (a cura di), *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*, Milano, 2006, 61.
- SCOCA F.G., *Attualità dell'interesse legittimo?*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2011, 379.
- SCOCA F.G., *La "gestazione" dell'interesse legittimo*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazza*, vol. I, Padova, 2007, 283.
- SCOCA F.G., *Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento amministrativo*, in *Corr. giur.*, 2011, 989.
- SCOGNAMIGLIO A., *Il ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici*, in Apertacontrada.it, 2010.
- SCOTTI E., *Tra tipicità e atipicità delle azioni nel processo amministrativo (a proposito di ad. plen. 15/11)*, in *Dir. amm.*, 2011, 767.
- SILVESTRI G., *Effetti normativi ed effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale: due aspetti dello stesso problema*, in AA.VV., *Effetti temporali*, 47.
- SINISI M., *Il potere di autotutela caducatoria*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, (a cura di) M.A. SANDULLI, Milano, 2015.
- SINISI M., *La nuova azione amministrativa: il "tempo" dell'annullamento d'ufficio e l'esercizio dei poteri inibitori in caso di s.c.i.a. Certezza del diritto, tutela dei terzi e falsi miti. Riflessioni a margine della legge 7 agosto 2015, n. 124*, in Federalismi.it.
- SORDI B., *Giustizia e amministrazione nello Stato liberale*, Milano, 1985.
- SPAVENTA S., *Discorso per l'inaugurazione della Quarta sezione*, in *Riv. dir. pubb.*, 1909.
- STELLA RICHTER P., *Per l'introduzione dell'azione di mero accertamento nel giudizio amministrativo*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Vol III, Milano, 1988, 583.
- STICCHI DAMIANI E., *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2011, 865.
- STICCHI DAMIANI E., *La caducazione del contratto per annullamento dell'aggiudicazione alla luce del codice degli appalti*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2006, 3719.
- TOMMASEO F., *I processi a contenuto oggettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 1988.
- TONOLETTI B., *Mero accertamento e processo amministrativo: analisi di casi concreti*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 593.
- TORCHIA L., *Le nuove pronunce nel Codice del processo amministrativo*, in AA.VV., *La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali*, Atti del LVI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna, 23.25 settembre 2010, Milano, 2011, 337 e in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 1319.
- TRAVI A., *Accoglimento dell'impugnazione di un provvedimento e "non annullamento" dell'atto illegittimo*, in *Urb. App.*, 2011, 936.
- TRAVI A., *La legge n. 15/2005: verso un nuovo diritto amministrativo?*, in *Corr. giur.*, 2005, 453;
- TRAVI A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2014.

BIBLIOGRAFIA

- TRAVI A., SCOCA F.G., *Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento amministrativo*, in *Corr. giur.*, 7/2011, 989.
- TRAVI A., *Verso una convergenza dei modelli di processo amministrativo?*, in G. Falcon (a cura di), *Forme e strumenti della tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi nel diritto italiano, comunitario e comparato*, Padova, 2010.
- TRIMARCHI BANFI F., *Illegittimità e annullabilità del provvedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 414.
- TRIMARCHI BANFI F., *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2005, 8.
- TRIMARCHI BANFI F., *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Torino, 2000, 40.
- TROPEA G., *L'interesse strumentale a ricorrere: una categoria al bivio?*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 703.
- VAIANO D., *La pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Milano, 2002, 644.
- VALAGUZZA S., *Il giudicato*, in *Manuale di diritto amministrativo e di giustizia amministrativa*, (a cura di) G. Carlotti, 2014.
- VALAGUZZA S., *Giudicato amministrativo di annullamento ed effetti risarcitori*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2002, 685.
- VELTRI G., *Class action pubblica: prime riflessioni*, in *Lexitalia.it*, 2010.
- VERDE G., *La pregiudizialità dell'annullamento nel processo amministrativo per il risarcimento del danno*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 343.
- VERDE G., *Profili del processo civile-Parte generale*, Napoli, 2002.
- VERNILE S., *Verso un'amministrazione efficiente. Una nuova tutela processuale tra innovazioni mancate e utilità effettive*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2012, 1519.
- VILLATA R., *Ancora "spigolature" sul nuovo processo amministrativo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1516.
- VILLATA R., *L'Adunanza plenaria interviene sui rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale*, in *Dir. Proc. Amm.* 2013, 1186.
- VILLATA R., *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 1971.
- VILLATA R., *Pregiudizialità amministrativa nell'azione risarcitoria per responsabilità da provvedimento?*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 271.
- VILLATA R., *Riflessioni in tema di ricorso incidentale nel giudizio amministrativo di primo grado*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 308.
- VIPLANA P. M., *Contributo allo studio del giudicato amministrativo*, Milano, 1990.
- VOLPE C., *La reintegrazione in forma specifica*, in *www.giustizia-amministrativa.it*.
- VOLPE F., *La non annullabilità dei provvedimenti amministrativi illegittimi*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2/2008, 391.
- ZAGREBELSKY G., *Il controllo da parte della Corte costituzionale degli effetti temporali delle pronunce d'incostituzionalità: possibilità e limiti*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale*, 199.
- ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo*, vol. II., *La giustizia amministrativa*, Milano, 1958, 320.

ZINGALES U.G., *Una singolare forma di tutela del cittadino nei confronti della p.a.: la class action*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 246.

ZONNO D., *Class Action pubblica: nuove forme di tutela dell'interesse diffuso?*, in *Giur. merito*, 2010, 2362.

ORDINAMENTO FRANCESE

AA.VV., *Premier bilan de la réforme des procédures d'urgence dans le contentieux administratif*, Colloque de la Conférence des présidents des juridictions administratives, Lyon 15-16 juin 2006, in *RFDA*, 2007, 37.

AGOSTINI CH., *Les normes non valides. Contribution à une théorie générale de l'annulation juridictionnelle des normes*, Paris, 2000, 69.

AGUILA Y., *Le contrôle juridictionnel du code de déontologie des commissaires aux comptes*, in *RFDA*, 2006, 463.

ALIBERT M., *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, 1926, 33.

Appleton J., *La séparation de l'administration active et de la juridiction administrative*, *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence*, 1898, Tome XXII.

ARCONZO G., *Contributo allo studio delle leggi provvedimento*, Milano, 2007.

ARCONZO G., *Corte Costituzionale e leggi su misura*, Torino, 2005;

ARRIGHI CASANOVA J., *La jurisprudence AC !*, in *Just. et cass.*, 2007, 1514.

ARRIGHI DE CASANOVA J., *Les habits neufs du juge administratif*, in *Mélanges en l'honneur de D. Labetoulle, Juger l'administration, administrer la justice*, Paris, 2007.

ARRIGHI DE CASANOVA J., *Rétroactivité et annulation dans l'ordre administratif*, in B. Seiller (dir), *La rétroactivité des décisions du juge administratif*, Paris, 2007, Le Harmattan, coll., « études juridiques », 54.

AUBERT C., *Le délai du recours pour excès de pouvoir*, Paris, 1937.

AUBY J.B., *Le temps de la légalité administrative*, in *DA*, juin 2004, 3.

AUBY J.-B., *à propos des réserves d'intérêt général*, in *Dr. Adm.*, 2003, repère n. 6.

AUBY J.-M., DRAGO R., *Traité de recours en matière administrative*, Paris, 1992.

AUBY J.-M., *L'inexistence des actes administratifs. Étude de contentieux administratif*, Paris, 1951.

AUBY J.-M., *Les moyens inopérants dans la jurisprudence administrative*, in *AJDA*, 1966, 5.

AUCOC L., *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, tome 1^{er}, Paris, 1885, 511.

AUCOC L., *Le Conseil d'Etat et les recours pour excès de pouvoir*, *Revue de deux mondes*, 1878, tome 29.

AUDIGOU A., *Le délai de recours en annulation contre les décisions administratives*, Rennes, 1972.

AYRAULT L., *Le contrôle juridictionnel de la régularité de la procédure d'imposition*, Paris, 2004.

B. SEILLER, *Le procès de la rétroactivité*, in *La rétroactivité des décisions du juge administratif*, Paris, 2007.

BACQUET A., *Exception d'illégalité (voce)*, in *Encycl.*, Paris, *Contentieux administratif*, I, Paris, 1992.

BIBLIOGRAFIA

- BAILLEUL D., *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit français*, Paris, 2002.
- BAILLEUL D., *Les nouvelles méthodes du juge administratif*, in *AJDA*, 30/2014, 1626 .
- BAILLEUL D., *Modulation des effets dans le temps de l'annulation de la nomination d'un procureur de la République*, in *MSDA*, 2008, n. 26, 37.
- BARQUE F., *Le Conseil Constitutionnel et le censure différée*, in *LPA*, 3 décembre 2008, n° 242, 8.
- BEGUIN J.-C., *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République Fédéral d'Allemagne*, Paris, 1982.
- BELL J., *Convergences and Divergences in European Administrative Law*, in *Dir. pubbl. com.* , 1992, 3.
- BERARD L., *La notion d'intérêt dans le recours pour excès de pouvoir*, Paris, 1896 – 1968 – 1932, 1.
- BERGERES M.-C., *La substitution de base légale: un joker contentieux de l'administration fiscale*, Procédures 2002, chron., 8.
- BERHELEMY J., *Exception d'illégalité (voce)*, in *Juris-Classeur Administratif*, Paris, 1994.
- BERLIA G., *Le vice de forme et le contrôle de la légalité des actes administratif*, in *RDP*, 1940, 370.
- BERNARD M., *Le recours pour excès de pouvoir est-il frappé à mort?*, in *AJ*, juin 1995, n. spécial, 190.
- BEZZINA A.C., *2004-2014: le dix ans de la jurisprudence AC!*, in *RFDA*, 2014, 733.
- BIGOT G., BOUVET M., *Regards sur l'histoire de la justice administrative*, Rennes, 2006.
- BIGOT J., *La rétroactivité de l'annulation d'un acte administratif peut être modulée dans le temps et peut avoir des incidences sur les assurances de responsabilité obligatoires*, in *JCP G*, décembre 2004, II, n° 50, 2269.
- BLANCO F., *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité. Contribution à l'étude de l'évolution des techniques juridictionnelles dans le contentieux de l'excès de pouvoir*, Marseille, 2010, 269.
- BLECKMANN A., *La qualité pour agir dans le recours pour excès de pouvoir en droit français et allemand. Essai de droit comparé*, Grenoble, 1960.
- BONICHOT J. C., CASSIA P., POUJADE B., *Les grands arrêts du contentieux administratif*, Paris, 2005.
- BONICHOT J.-C., *L'arrêt AC! : évolution ou révolution?*, in *AJDA*, 2004, 1049.
- BONICHOT J.-C., *Le droit communautaire et le droit administratif français*, in *AJDA*, 1996, numéro spécial, 15.
- BONNARD R., *Précis de droit administratif pour excès de pouvoir*, Paris, 1940, 276.
- BONNET J., GAHDOUN P.Y., *La question prioritaire de constitutionnalité*, Paris, 2014.
- BOTTINI F., *La sécurité juridique et modulation dans le temps des annulations contentieuses*, in *RD publ.*, 2009, 1517.
- BOTTINI F., *Les implication nouvelles du principe de sécurité juridique en droit administratif*, in *CRDF*, n. 6, 2007, 161.

BIBLIOGRAFIA

- BOUSSARD S., *La classification des contentieux à l'épreuve de la métamorphose du juge de l'excès de pouvoir*, in G. BIGOT, BOUVET M., *Regards sur l'histoire de la justice administrative*, Paris, 2006, 305.
- BOUTET D., *Quelques problèmes concernant les effets de l'exception d'illégalité*, in *Revue de droit public*, 1990, 1735.
- BRAIBANT G., *Le principe de proportionnalité*, in *Le juge et le droit public, Mélanges offerts à Marcel Waline*, Paris, 1974.
- BRAIBANT G., *Questions pour le droit administratif*, in *AJDA*, 1995, 25.
- BREN E., *Réguler ou moduler? Des précisions sur les pouvoirs réglementaires de l'ART 5 (Arcep), et sur la modulation des effets dans le temps des annulations contentieuses*, in *JCP*, 2005, 1101.
- BRENET FR., *Les réserves d'intérêt général*, in *Mélanges en l'honneur de J.-F. Lachaume*, Paris, 2007.
- BRISSON J.-F., *Le recours administratif en droit public français*, Paris, 1996.
- BRISSON J.-F., *Le recours pour excès de pouvoir*, Paris, 2004.
- BRONDEL S., *Le Conseil constitutionnel se dote de sa jurisprudence AC!*, in *AJDA*, 2005, 2428.
- BROSSET E., *Loi relative aux OGM*, in *RDP*, 2009, 1181.
- BROYELLE C., *Contentieux administratif*, Paris, 2015.
- BROYELLE C., *Les mesures ordonnées en référé*, in *RFDA*, 2007, 73.
- BURDEAU F., *Histoire du droit administratif*, Paris, 48.
- CADIET L., NORMAND J., AURANIMEKKI S., *Théorie générale du procès*, Paris, 2013.
- CAHEN-SALVADOR G., *Conclusion sur CE, 26 décembre 1925, Rodière*, in *RDP*, 1926, 33.
- CAILLE P.O., *Jusqu'à peut aller le pragmatisme du juge administratif lorsqu'il annule la nomination d'un magistrat judiciaire?*, in *D.*, 2008, 1457.
- CALOGERO M., *L'occupazione acquisitiva*, Milano, 1996.
- CALOGERO M., TOTANO A., *L'occupazione acquisitiva nel quadro del procedimento espropriativo*, Padova, 1998.
- CALOGEROPOULOS A., *Le contrôle de la légalité externe des actes administratifs unilatéraux*, Paris, 1983.
- CANEDO-PARIS M., *Contrats administratifs et sécurité juridique : nouvelles avancées jurisprudentielles*, in *RFDA*, 2007, 950.
- CARRE DE MALBERG R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris, 1920-1922, tome 1, réédition 2004, 806.
- CHARLES CH., *Le juge administratif, juge administrateur*, Toulouse, 2003, 390.
- CARRIER M., *Du principe de la séparation de l'administration active et de la juridiction administrative*, Lyon, 1900.
- CARTIER E., GAY L., VIALA A., *La QPC, vers une culture constitutionnelle partagée?*, Varenne, 2016.
- CASSESE S., *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Milano, 2010.
- CASSIA P., *L'impact du droit communautaire sur le contentieux administratif*, in *Droit administratif européen*, dir. J.-B. Auby, J. Dutheil De La Rochère, Bruylant, 2007.

BIBLIOGRAFIA

- CASSIA P., *La modulation dans le temps des décisions de rejet du juge administratif, note sous CE, Section, 27 octobre 2006, S.A. Techna et autres*, in *D.* 2007, n° 9, 621.
- CASSIA P., *Les référés administratif d'urgence*, Paris, 2003.
- CASSIA P., *L'office du juge administratif à l'égard du vice de procédure*, in *RFDA*, 2012, 296.
- CELARD A., *Juridiction administrative français et juridiction administrative italienne: structure des contentieux*, in *études en l'honneur de Pierre Sandevour, Service public*, Paris, 2000.
- CHALTIEL F., *Le principe de sécurité juridique et le principe de légalité, développements récents*, in *AJDA*, 2009, 1650.
- CHAPUS R., *Droit administratif général*, Paris, Montchrestien, 2001, t. 1.
- CHAPUS R., *Droit du contentieux administratif*, Paris, 2008, 224, 484
- CHAPUS R., *L'administration et son juge. Ce qui change*, EDCE, 1992, 268.
- CHAUTARD A., *La mutabilité de l'instance fiscale et le droit à un procès équitable*, Paris, 2003.
- CHAUTEBOUT B., *Droit Constitutionnel*, Paris, 2015.
- CHEVALLIER J., *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, Paris, 1970.
- CLAEYS A., *L'évolution de la protection juridictionnelle de l'administré au moyen du recours pour excès de pouvoir*, Thèse Poitiers, 2005.
- CLAEYS A., *La technique juridictionnelle de la substitution de motifs et l'office du juge de l'excès de pouvoir*, in *Mélanges J.-F. Lachaume*, Paris, 2007.
- COHEUDET M.-A., *Droit Constitutionnel*, Paris, 2011.
- CONNIL D., *L'office du juge administratif et le temps*, Paris, 2012, 339.
- CONNIL D., *Modulation des conséquences et conséquences de la modulation*, in *AJDA*, 2013, 1876.
- CORBEL M.-P., *L'annulation partielle des actes administratif*, in *AJ*, 1972, 138.
- COSTA D., *Les fictions juridiques en droit administratif*, Paris, 2000, 355
- CROUZATIER DURAND F., *Le pouvoir d'annulation du juge administratif: brèves réflexions sur la rétroactivité*, in *LPA*, 2005, n. 25, 6.
- D.A., *Economie de moyens et pouvoir d'injonction, suite*, in *AJDA* 2010, 214.
- D'ORD O., *La loi OGM devant le Conseil constitutionnel ou la dissémination de la jurisprudence AC!*, in *AJDA*, 2008, 164.
- DAEL S., *Les métamorphoses de la distinction des contentieux: essai d'une histoire vraisemblable d'un concept évolutif*, Mélanges Labetoulle, Paris, 2007.
- DAMAREY S., *De l'annulation partielle à l'annulation conditionnelle: nouvelles perspectives contentieuse*, nota a CE, Ass, 29 juin 2001, *Vassilkiotis*, in *LPA* 24 octobre 2001, n. 212, 12.
- DAMAREY S., *L'application différée d'une décision de rejet rendue par le Conseil d'Etat*, in *JCP*, 2006.
- DAMAREY S., *Quand le juge dicte les conséquences d'une annulation*, note sous CE 5 mars 2003, *Titran*, in *AJDA*, 1008.
- DARESTE R., *Études sur les origines du contentieux administratif en France*, in *Revue historique de droit française et étranger*, 1855, 24.

BIBLIOGRAFIA

- DE BAKOUCE V., *La présomption d'innocence devant l'assemblée plinaire de la Cour de cassation : consécration de la modulation dans le temps des revirements de jurisprudence*, in *Lexbase Hebdo*, 2007, n° 245.
- DE BARMON M.-A., *La portée rétroactive d'une déclaration d'illégalité, Conclusion sur Conseil d'État, Section, 28 avril 2014, Anshling, n° 357090*, in *RFDA*, 2014, 512.
- DE BECHILLON D., *Le contentieux administratif de l'annulation en matière contractuelle: une présentation graphique*, in *LPA*, 14 mai 1990, 10.
- DE LAUBADERE A., MODERNE F., DEVOLVE P., *Traité des contrats administratifs*, Paris, 1983, t. 2, 1818.
- DE LAUBADERE A., VENEZIA J., GAUDEMET Y., *Traité de droit administratif*, Paris, 1994.
- DE PRETIS D., *Il processo amministrativo in Europa. Caratteri e tendenze in Francia, Germania, Gran Bretagna e nell'Unione europea*, Trento, 2000.
- DE SILVA I., *Deux ans d'application de la jurisprudence Hallal*, in *AJDA*, 2006, 690.
- DE VILLIERS M., DE BERRANGER T., *Droit public général*, Paris, 2015, t ; II, 1279.
- DEBOUY C., *Les moyen d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse*, Poitiers, 1978.
- DELAMARRE M., *La sécurité juridique et le juge administratif français*, in *AJDA*, 4/2004, 186.
- DEVYS C., *Conclusions sur Conseil d'Etat, Assemblée, 11 mai 2004, Association AC! et autres*, in *RFDA*, 2004, 454.
- DIQUA L., *La compétence liée*, Paris, 1964.
- DIEU F., *La modulation des effets des annulations contentieuses ou comment concilier principe de légalité et principe de sécurité juridique*, in *AJDA*, 2006, 2428.
- DIEU F., *La règle de l'économie de moyens doit-elle paralyser le pouvoir d'injonction du juge administratif?*, in *AJDA*, 2009, 1082.
- DOMINO X, BRETONNEAU A., *Le vice, mode d'emploi*, in *AJDA*, 2012, 195.
- DONNAT F., CASAS D., *La substitution de base légale et l'office du juge de l'excès de pouvoir*, in *AJDA*, 2004.
- DONNAT F., CASSAS D., *L'office du juge administratif dans la jurisprudence récente du Conseil d'État*, in *Dr. Adm.*, 2004, étude n. 9.
- DONNAT F., CASAS D., *Chronique générale de jurisprudence administrative française*, in *AJDA*, 2004, 436.
- DONNAT F., *Contentieux communautaire de l'annulation*, Paris, 2008.
- DOUMBE BILLE S., *Recours pour excès de pouvoir et recours de plein contentieux, à propos de la nouvelle frontière*, in *AJ*, 1993, 3.
- DRAGO G., *La QPC devant la jurisprudence administrative*, in *Dossiers thématiques du Conseil d'Etat*, 2014, in www.conseil-etat.fr.
- DRAGO G., *Le nouveau visage du contentieux constitutionnel*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 2010, n° 84, 751.
- DRAGO R., *Le défaut de base légale dans le recours pour excès de pouvoir et les motifs de l'acte administratif*, ECDE, 1960.

BIBLIOGRAFIA

- DRAGO R., *Questions pour le droit administratif*, in *AJDA*, 1995, numéro spécial, 25.
- DROSS W., *La jurisprudence est-elle seulement rétroactive ?*, in *D.*, 2006, 472.
- DUBOS O., MELLERAY F., *La modulation dans le temps des effets de l'annulation d'un acte administratif*, in *DA*, 2004, Etude, n. 15.
- DUBOIS L., *Droit administratif et droit communautaire*, in *AJDA* 1995, 66.
- DUGRIP O., *Les procédures d'urgence : l'économie générale de la réforme*, in *RFDA*, 2002, 245.
- Aa.Vv., *Actualité des procédures d'urgence*, Colloque, in *RFDA*, 5 décembre 2001 e Dossier, in *RFDA*, 2002, n. 2.
- DUMORTIER G., *L'office du juge administratif à l'égard du vice de procédure*, in *RFDA*, 2012, 195,
- DUPEYROUX O., *La règle de la non-rétroactivité des actes administratifs*, Paris, 1953.
- EINAUDI T., *L'obligation d'informer dans le procès administratif*, Paris, 2002.
- EUDE C., *Le désistement dans la procédure administrative contentieuse*, in *AJ*, 1984, 3;
- FLAUSS J.-F., *L'influence du droit communautaire sur le droit administratif français*, in *LPA*, 9 janvier 1995, n. 4, 4.
- FOLLIERI E., *La disciplina amministrativa dell'occupazione del suolo senza seguire le regole ordinarie dell'espropriazione, con particolare riferimento all'art. 42 bis del t.u.e.p.u.*, in *Riv. giur. edil.*, 2013, 193.
- FOLLIOT L., *Pouvoirs des juges administratifs et distinction des contentieux en matière contractuelle*, Paris, 1994.
- FOULETIER M., *La loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives*, in *RFDA*, 2000, 963.
- FOULQUIER N., *Les droits publics subjectifs des administrés*, Paris, 2003.
- FRAISSEX P., *La révolution mythologique du juge de l'excès de pouvoir*, in *LPA*, 2005, 180.
- FREJAVILLE M., *L'astreinte*, Paris, 1949, chronique, 1.
- FRIER P. L., *Panorama de contentieux administratif et de responsabilité de la puissance publique*, Paris, 2005.
- FRIER P.-L., *Modulation des effets de l'annulation*, in *D.*, 2005, n°1, 30.
- FRISON- ROCHE M.- A., *Les offices du juge*, in *Mélanges J. Foyer*, Paris, 1997, 463.
- FROMONT M., *Présentation de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne*, in *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2003, n. 15, 90-101.
- FROMONT M., *Droit administratif des Etats européens*, Paris, 2006.
- FROMONT M., *La convergence des systèmes de justice administrative in Europe*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001.
- FROMONT M., *Le principe de sécurité juridique*, in *AJDA*, 20 juin 1996, n. special « *Droit administratif et Droit communautaire* », 178.
- FRYDMAN P., « *Le juge administratif et la police: anniversaire de trois "grands arrêts" : Couitéas, Benjamin et Maspero* », in *RFDA*, 2013, 1001.
- GABOLDE CH., *Le juge administratif va-t-il nous gouverner ? à propos de la loi du 8 février 1995*, in *D.A.*, novembre 1995, fasc. 112, 1.

BIBLIOGRAFIA

- GABARDA O., *Le pouvoir d'injonction du juge administratif en Allemagne, Italie, Espagne et France. Convergences*, in *RFDA*, 2002, 551.
- GALLET A., *étude sur la fiction de la rétroactivité dans le droit français*, Poitiers, 1903.
- GAMBARO A., *Occupazione acquisitiva*, in *Enc. Dir.*, IV agg., Milano 2000.
- GASPARRI W., *La struttura del contentieux administratif, le tutele differenziate e i riti speciali nell'ordinamento francese*, in D. SORACE (a cura di), *Discipline processuali differenziate nei diritti amministrativi europei*, Firenze, 2009, 123.
- GAUDEMET Y., *Le juge administratif, futur administrateur*, in *Le juge administratif à l'aube du XXI siècle*, Paris, 1995, 179.
- GAUDEMET Y., *Le juge administratif, une solution d'avenir, Clés pour le siècle*, Paris, 2000, 1213.
- GAUDEMET Y., *Les méthodes du juge administratif*, Paris, 1972.
- GAUDEMET Y., *Questions pour le droit administratif (Débat)*, in *AJDA*, 1995, numéro spécial, 21.
- GENEVOIS B., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, 17e édition, 2009, 865, commentaire n°114.
- GEORGOPOULOS TH., *L'influence du droit européen sur les catégories juridiques du contentieux administratif*, in *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, dir. J.-B. Auby, Paris, 2010, 777.
- GERBER, P. *La nature cassatoire du recours de droit public. Mythe et réalité*, Genève, 1997.
- GERBI H., *Les procédures d'urgence en matière fiscale (Aspects de droit interne français – droit privé)*, Marseille, 2006.
- GICQUEL J., *Droit Constitutionnel et institutions politiques*, Paris, 2015.
- GILTARD D., *L'avenir du recours pour excès de pouvoir*, in *Le juge administratif et l'Europe*, PUG, 2006, 205.
- GILTARD D., *L'évolution du contrôle de la légalité des actes administratifs unilatéraux*, in *ZbornikradovaPravnogfakulteta u Splitu*, god. 50, 2/2013, 339.
- GIUMMARA S., GUERRINI M., *Le contentieux de la question prioritaire de constitutionnalité*, Marseille, 2012.
- GOHIN O., *Les procédures d'urgence: approche comparative*, Paris, 2008.
- GONIDEC P.-F., *Contrat et recours pour excès de pouvoir*, in *RDP*, 1950, 58.
- GOURDON J., A. BOURREL, *Les référés d'urgence devant le juge administratif*, Paris, 2003.
- GOURDON J., *Les conséquences de la constatation de l'illégalité d'un acte administratif par le juge administratif*, Th. Pau, 1996 .
- GOURDOU J., *Les nouveaux pouvoirs du juge administratif en matière d'injonction et d'astreintes*, in *RFDA*, 1996, 333.
- GOURDOU J., TERNEYRE Ph, *Pour une clarification du contentieux de la légalité en matière contractuelle*, in *C.J.E.G.*, 1999, 249.
- GRECO G., *I regolamenti amministrativi*, Torino, 2015.
- GREWE C., *Subjectivité et objectivité dans le contentieux de la cour de Karlsruhe*, in *Droits*, 1989, n. 9, 131.

BIBLIOGRAFIA

- GUEGUEN R., *La modulation de l'annulation des nominations de magistrats*, in *AJFP*, 2008, n. 4, 172.
- GUETTIER C., *Association AC! et autres*, in *RDP*, 2005, 536.
- GUETTIER C., *Droit des contrats administratifs*, Paris, 2004.
- GUETTIER CH., *Chronique de jurisprudence administrative 2004*, in *RDP*, 1 mars 2005, n° 2, 506.
- GUETTIER CH., *Injonction et astreinte*, in *Juris-Classeur Administratif*, fasc. 1114.
- GUICCIARDI E., *I limiti soggettivi del giudicato amministrativo*, in *Giur. It.*, 1941, III, 17;
- GUILLOUARD J., *Notion juridique des actes d'exécution des autorisations et des concessions administratives*, Paris, 1903.
- GUINCHARD S., CHAINAIS C., DELICOSTOPOULOS C., *Droit fondamentaux du procès*, Paris, 2015.
- GUYOMAR M., COLLIN P., *Les décisions par lesquelles le Conseil d'Etat précise la portée d'une annulation « en tant que ne pas » et prononce une annulation aux effets différés s'inscrivent dans la ligne d'une évolution de la jurisprudence qui témoigne du souci croissant de pédagogie et d'efficacité du juge de l'excès de pouvoir*, in *AJDA*, 2001, 1046.
- GUYOMAR M., *L'application de la jurisprudence Association AC! à l'annulation d'une décision individuelle*, in *AJDA*, 2008, 638.
- GUYOMAR M., SEILLER B., *Contentieux administratif*, Paris, 2012.
- HAURIOU M., *La gestion administrative. Étude théorique de droit administratif*, Paris, 1899.
- HAURIOU M., *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, 1911, 406.
- HAUSER J., *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique (Contribution à la théorie générale de l'acte juridique)*, Paris, 1971.
- HEILBRONNER A., *Recours pour excès de pouvoir et recours de plein contentieux*, Paris, 1953, chronique, 18.
- HENRI C., DELAMARRE M., LABETOULLE D., *Leçons de contentieux administratif*, Paris, 2013.
- HEURTE A., *Le désistement dans la jurisprudence du Conseil d'Etat. Le désistement en droit public et en droit civil*, in *AJ*, 1959, 1, 81.
- HOSTEING P., *Le délai du recours pour excès de pouvoir*, Paris, 1939.
- HOSTIOU R., *Procédure et formes de l'acte administratif unilatéral en droit français*, Paris, 1974.
- HOSTIOU R., *Simplification du droit, sécurité juridique et nouvel office du juge administratif*, in *RFDA*, 2012, 423.
- IACOVELLI D., *Regolamenti e illegittimità*, Padova, 2007.
- IMBERT L., *Les actes susceptibles de recours pour excès de pouvoir*, Lille, 1912, 1 ss.
- IMBERT L., *L'évolution du recours pour excès de pouvoir*, Paris, 1952.
- ISRAËL J.-J., *La régularisation en droit administratif français. Etude sur le régime de l'acte administratif unilatéral*, Paris, 1981.
- J. BONNET, P.Y. GAHDOUN, *La question prioritaire de constitutionnalité*, Paris, 2014, 1 ss.
- J. GOURDOU, *Les nouveaux pouvoirs du juge administratif en matière de injonctions et d'astreintes*, in *RFDA*, 1996, 333.
- JEULAND E., *Droit processual général*, Paris, 2014.

BIBLIOGRAFIA

- JEZE G., *Essai d'une théorie générale des fonctionnaires de fait*, in *RDJ*, 1914, 48.
- JEZE G., *Rapport à l'institut international de droit public, Annuaire*, 1929.
- JIANG J., *Le plein contentieux et la dualité juridictionnelle*, in *Annales de l'Université des sciences sociales*, Toulouse, tome XLIII, 1995.
- JOUBE E., *Recherches sur la notion d'apparence en droit administratif français*, in *RDJ*, 1968, 283.
- LOMBARD WEISS J.-P., *L'apparence en droit administratif français*, Paris, 2009.
- KELLERSHOHN M., *Des effets de l'annulation pour excès de pouvoir*, Bordeaux, 1915, 34.
- KELSEN H., *Théorie pure du droit*, Paris, 1962, 318.
- KINGUE N., *La loi du 16 juillet 1980... Dix ans après. Contribution à l'élaboration d'une théorie de l'astreintes*, in *LPA*, 7 février 1990, 12.
- KLOEPFER W., *Réflexions sur l'admission du recours pour excès de pouvoir en matière contractuelle*, in *AJ*, 2003, 585.
- KORNPROBST B., *La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir*, Paris, 1959.
- KOUASSI K.-B., *Pour une rationalisation de l'appréciation du caractère substantiel ou accessoire des formalités administratives dans le recours pour excès de pouvoir*, in *LPA*, 4 janvier 1993, n. 2, 4.
- LABETOULLE D., *Principe de légalité et principe de sécurité*, Mélanges Guy Braibant, 1996.
- LABETOULLE D., *Construction et droit au recours: pour un meilleur équilibre*, in *AJDA*, 2013, 1188.
- LABETOULLE D., *Le référé nouveau est arrivé*, in *AJDA*, 2011, 211.
- LACHAUME J.-F., *Le formalisme*, in *AJDA*, 1995, numéro spécial, 133.
- LAFERRIERE E., *Origine et développement historique du recours pour excès de pouvoirs*, in *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence*, 1876, tome V, 303.
- LAFERRIERE E., *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2 vol., Berger-Levrault, 1896, 561.
- LAFERRIERE J., *Traité de la juridiction administrative*, Paris, 1988.
- LAGARDE X., *Modulation dans le temps des effets d'un revirement de jurisprudence: l'assemblée plénière de la Cour de Cassation confirme*, in *JCP G*, juin 2007, n° 25, 27.
- LALLET A., DOMINO X., *An I ap. QPC*, in *AJDA*, 2011, 375.
- LAMPUE P., *La distinction des contentieux*, Mélanges Scelle, Paris 1950.
- LAMPUE P., *Le développement historique du recours pour excès de pouvoir depuis ses origines jusqu'au début du xx siècle*, in *RISA*, 1954, 359.
- LANDAIS C., LENICA F., *Chronique de jurisprudence administrative*, in *AJDA*, 2004, 1183.
- LANDAIS C., LENICA F., *La modulation des effets dans le temps d'une annulation pour excès de pouvoir* in *AJDA*, 2004, 1183.
- LANDAIS C., LENICA F., *Modulation dans le temps des effets de l'annulation d'une décision de l'Autorité de régulation des télécommunications*, in *AJDA*, 2005, 999.
- LANDAIS C., LENICA F., *Modulation dans le temps des effets d'une décision de rejet*, in *AJDA*, 2006, 2385.
- LANDAIS C., LENICA F., *Sécurité juridique: la consécration*, in *AJDA*, 2006, 1028.
- LANDON P., *Histoire abrégée du recours pour excès de pouvoir des origines à 1954*, Paris, 1962.

BIBLIOGRAFIA

- LANDON P., *Le recours pour excès de pouvoir depuis 1954*, Paris, 1968;
- LANDON P., *Sur l'histoire du recours pour excès de pouvoir*, in *Bulletin de l'administration centrale des finances*, Juin-Aout, 1961, n. 12, 19.
- LAUBADERE A., *Pages de doctrine*, Paris, 1980, t.2, 176.
- LAURENT M.L., in *DA*, 2001, 178.
- LE PRADO D., *Les procédures d'urgence devant les juges de l'administration: étude comparative*, Paris, 2015.
- LEDoux L., *Essai d'une théorie sur la fonction de fait*, in *RGA*, 1912, 397.
- LENICA F., BOUCHER J., *Chronique générale de jurisprudence française*, in *AJDA*, 2007, 1577.
- LEPÉTIT-COLLIN H., *Recherches sur le plein contentieux objectif*, Paris, 2011.
- LEROYER A.-M., *Les fictions juridiques*, Paris, 1995.
- LESAGE M., *Les interventions du législateur dans le fonctionnement de la justice. Contribution à l'étude du principe de séparation des pouvoirs*, Paris, 1960.
- LESSI J., DUTHEILLET DE LAMOTHE L., *Cinq ans de QPC devant le juge administratif : retour d'expérience*, in *AJDA*, 2015, 755.
- LETRANCHANT S., *Substitution de base légale et garantie du contribuable: une conciliation difficile, voire impossible*, Paris, 2006.
- LEWALLE P., *L'astreinte, garantie de l'efficacité des arrêts d'annulation prononcés par le Conseil d'État. Examen du droit français et du droit belge*, Mélanges J.-M. Auby, Paris, 1992, 579 ; O.
- LINOTTE D., *Exécution des décisions de justice administrative et astreintes en matière administrative*, in *JCP*, 1981, I, n. 3011.
- LINOTTE D., *Recherches sur la notion d'intérêt général en droit administratif français*, Bordeaux, 1957.
- LOLLI A., *I limiti soggettivi del giudicato amministrativo*, Milano 2002.
- LOMBARD M., *La modulation des effets dans le temps des annulations*, in *DA*, juillet 2004, comm. 115, 26.
- LOMBARD WEISS J.-P., *L'apparence en droit administratif*, Paris, 2009.
- LONG M., WEIL P., BRAIBANT G., DEVOLVE P., GENEVOIS B., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, 2009, 913.
- LONG M., WEIL, BRAIBANT G., DEVOLVE P., GENEVOIS B., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, 15e édition, 2007, 906, commentaire n°116.
- LOUIS J.-J., *La nature juridique du contentieux de l'injonction et de l'astreinte*, in *Les dix ans de la loi du 8 février 1995 sur les injonctions et les astreintes: une évolution réussie*, in *Revue Juridique Nîmoise*, 2005-2006, n. 1, 115.
- M. LETOURNER, *L'apparition de nouveaux éléments subjectifs dans le recours pour excès de pouvoir*, *EDCE*, 1953, n. 7, 66.
- MAGNON X., *La doctrine, la QPC et le Conseil constitutionnel: Quelle distance? Quelle expertise?*, in *RDP*, 2013, 141.

BIBLIOGRAFIA

- MALVASIO F., *Les nouveaux pouvoirs d'injonction du juge administratif*, in *LPA*, 10 février 1997, n. 18, 4.
- MAMOUDY O., *La modulation dans le temps des effets des décisions de justice en droit français*, Thèse Dactyl, Paris 1, 2013.
- MAMOUDY O., *D'AC! à M6 en passant par Danthony, 10 ans d'application de la jurisprudence AC! Bilan et perspectives*, in *AJDA*, 2014, 501.
- MANCIA M., *Développements au nom du caractère subjectif du recours pour excès de pouvoir*, in *LPA*, juin 2006, 122.
- MANNORI L., SORDI B., *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2001.
- MARC E., *Le rôle des droits communautaire et européen sur l'intervention de la loi du 8 février 1995. Brefs propos sur une absence d'influence*, in *Les dix ans de la loi du 8 février 1995 sur les injonctions et les astreintes: une évolution réussie*, *Revue Juridique Nîmoise*, 2005-2006, n. 1, 73.
- MARCOU G., *Caractères généraux et évolution de la juridiction administrative en Europe occidentale*, in *RFDA*, 2006, 84.
- MASSA M., *Regolamenti amministrativi e processo: i due volti dei regolamenti e i loro riflessi nei giudizi costituzionali e amministrativi*, Napoli, 2011.
- MASSOT J., *Portée et conséquences de l'annulation par le juge d'un acte administratif*, in *EDCE*, 1979-1980, 111.
- MATHIEU B., *Le principe de sécurité juridique entre au Conseil d'Etat, 841*, in *AJDA*, 2006.
- MATTHIEU B., *Le juge et la sécurité juridique: vues du Palais-Royal et du quai de l'Horloge*, Paris, 2004, 1603.
- MATTHIEU B., *La sécurité juridique: un principe constitutionnel clandestin mais efficient*, *Mélanges Patrie Gélard*, Paris, 1999, 301.
- MATTHIEU B., *Les validations législatives. Pratique législative et jurisprudence constitutionnelle*, Paris, 1987.
- MATTHIEU B., *Réflexions en guise de conclusion sur le principe de sécurité juridique*, in *Cah. Cons. Const.*, 2001, n. 11, 106 .
- MAYNARD M., *Le jugement déclaratoire*, Paris, 1922.
- MAZATIER A.-M., *Extension de l'obligation de recours administratif préalable*, in *AJDA*, 2006, 103.
- MAZEAUD L., *De la distinction des jugements déclaratif et des jugements constitutifs de droit*, in *Rev. Trim. Dr. Civil.*, 1929, 17.
- MELLERAY F., *Essai sur la structure du contentieux administratif français: pour un renouvellement de la classification de principales voies de droit ouvertes devant les juridictions générale*, Paris 2001.
- MELLERAY F., *L'étendue de l'autorité de chose jugée des déclaration d'illégalité d'actes administratif opérées par le juge administratif*, *AJ*, 2004, 138.
- MELLERAY F., *L'imitation des modèles étrangers en droit administratif français*, in *AJDA*, 2004, 1224; J.- Auby J.-B., *La globalisation, le droit et l'Etat*, Paris, 2003.
- MELLERAY F., *La distinction des contentieux est-elle un archaïsme?*, in *JCP adm.*, 2005, 1296.

BIBLIOGRAFIA

- MELLERAY F., *L'arrêt KPMG consacre-t-il vraiment le principe de sécurité juridique*, in *AJDA*, 2006, 897.
- MELLERAY F., *Nota a TA Amiens, 24 mai 2005, M. Dubruque et autres*, in *AJDA*, 2005, 2416.
- MERENNE S., *La transaction portant sur un recours pour excès de pouvoir*, in *AJDA*, 2015, 993.
- MERKHANTAR J., *Le contrôle juridictionnel de la proportionnalité dans l'action administrative unilatérale*, Lille, 1990.
- MESTRE A., RIVIERO J., *Le Conseil d'Etat protecteur des prérogatives de l'administration : études sur le recours pour excès de pouvoir*, Paris, 1974.
- MESTRE A., *Recherches sur l'exception d'illégalité*, in *Mélanges Maurice Hauriou*, 1929.
- MESTRE A., *Recours pour excès de pouvoir (voce)*, in *Encycl.*, Paris, *Contentieux administratif*, II, Paris, 1992.
- MET- DOMESTICI A., *La modulation des effets dans le temps d'une annulation pour excès de pouvoir*, in *RRJ*, 2005, n° 2, 821.
- MEZEAUD L., *De la distinction des jugements déclaratif et des jugements constitutif de droits*, in *RTDC*, 1929, 17.
- MODERNE F., *Sécurité juridique et sécurité financière*, in *RFDA*, 2006, 483.
- MODERNE F., *Sous le signe du subjectivisme juridique (regard sur l'œuvre d'Eduardo García de Enterría)*, in *RFDA*, 2004, 101.
- MODERNE F., *Sur le nouveau pouvoir d'injonction du juge administratif*, in *RFDA*, 1996, 43.
- MOLFESSIS N., *La Cour de cassation face la modulation dans le temps des revirements de jurisprudence (à propos des arrêts de la première chambre civil du 11 juin 2009)*, in *D.*, 2009, 2567.
- RADE C., *La chambre sociale de la Cour de cassation et la modulation dans le temps des effets des revirements de jurisprudence*, in *Droit social*, 2010, n° 12, 1150.
- MONTAGNE H., *De l'effet déclaratif ou constitutif des jugements en matière civile*, Paris, 1912, 127.
- MONTFORT P., *Le pouvoir juridictionnel de modulation dans le temps des effets de l'annulation contentieuse d'un acte administratif*, in *LPA*, 17 novembre 2004, n° 230, 14.
- MORVAN P., *Le revirement de jurisprudence pour l'avenir. Humble adresse aux magistrats ayant franchi le Rubicon*, in *D.*, 2005, 247.
- MOTULSKY H., *Droit processual*, Paris, 197.
- MOULY C., *Comment limiter la rétroactivité des arrêts de principe et de revirement?*, in *LPA*, n. 4, 1994, 9.
- MOULY C., *Comment rendre les revirements de jurisprudence davantage prévisibles?*, in *LPA*, 1994, n. 33, 15.
- MOULY C., *Le revirement pour l'avenir*, in *JCP*, 1994, I, 3776.
- MOULY C., *Rapport sur les revirements de jurisprudence de la Cour de Cassation*, in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, in *Doc. fr.* 1994, 122.
- NEGRIN J.-P., *Contentieux de l'excès de pouvoir et contentieux de pleine juridiction: de la dualité ou de l'unité du contentieux administratif français*, Marseille, 1976.

BIBLIOGRAFIA

- NIZARD L., *La jurisprudence administrative des circonstances exceptionnelles et la légalité*, Paris 1962.
- NOGUELLOU R., *Nouvelles précisions sur le régime du référé-contractuel*, in *RDI*, 2012, 91.
- NOGUELLOU R., *Les pouvoirs du juge administratif dans le procès administratif. Le cas français.*, in *Principio della domanda e poteri d'ufficio del giudice amministrativo*, Annuario 2012, Atti del convegno annuale AIPDA, Trento, 5-6 ottobre 2012, 167.
- NOGUELLOU R., C. BROUELLE, *L'office du juge administratif*, in *www.rivisteweb.it*.
- NOGUELLOU R., *Le Conseil d'État n'envisage pas de pouvoir moduler les effets dans le temps des revirements de jurisprudence*, in *DA*, 2004, n°11, 166.
- NOGUELLOU R., *Les pouvoirs du juge administratif dans le procès administratif. Le cas français*, in *Atti del Convegno Annuale AIPDA*, Trento, 2012, 167
- NOGUELLOU R., *Note sur Conseil d'Etat 30 nov. 2011, n° 350788, Société DPM Protection*, in *RDI* 2012, 91.
- ODENT R., *Conclusion sur CE, Assemblée, 27 mai 1949, Véron- Réville*, in *G.P.*, 1949, 35.
- ODENT R., *Contentieux administratif, Les cours de droit*, Paris, 2007, 751.
- OTERO C., *Les rébellions du juge administratif. Recherches sur les décisions juridictionnelles subversives*, Varenne, 2014.
- OTIS GH, *Le pouvoir d'injonction du juge comme condition de l'efficacité des droits fondamentaux*, in *L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone*, Montréal, 1994.
- PACTEAU B., *Du recours pour excès de pouvoir au recours de pleine juridiction?*, in *R.A.*, 1999, numéro spécial, *Evolution et révolution du contentieux administratif*, 51.
- PACTEAU B., *La sécurité juridique, un principe que nous manque?*, in *AJDA*, 20 juin 1995, numéro spécial, 151.
- PACTEAU B., *Le juge de l'excès de pouvoir et les motifs de l'acte administratif*, Clermont, 1977.
- PACTEAU B., *Les validations législatives sous la VIII législature*, in *LPA*, 1988, 2.
- PASTOR J.-M., *Assurance chômage et modulation dans le temps: bis repetita!* in *AJDA*, 2015, 1886.
- PAVAGEAU S., *Le Conseil d'Etat est-il encore le protecteur des prérogatives de l'administration?*, in *RRJ*, 2005, 309.
- PAVIN J., *Fonctionnaires irrégulièrement évincés, la jurisprudence Deberles en question*, in *AJDA*, 2003, 202.
- PEISER G., *Les conséquences de la reconnaissance par le Conseil d'Etat de l'illégalité d'un acte administratif par voie d'exception*, in *Mélanges J.-M. Auby*, 1992, 277.
- PEISER G., *V Incidents de procédure*, in *RDCA*, t.2., 01- 2007.
- PELLISSIER G., *«Quatre ans d'application de la jurisprudence Association AC! – Une nouvelle dimension de l'office du juge»*, in *RJEP*, n° 656, août 2008, étude n° 7.
- PERRIERE E.-G., *De la révocation des fonctionnaires*, Poitiers, Paris, 1903, 71.
- PERROT D., *Validation législative et actes administratifs unilatéraux*, in *RDP*, 1984, 983.
- PERYCAL, J.-M., *Le juge administratif et la sauvegarde des actes de l'administration. Etude sur la neutralisation et substitution de motifs*, in *AJDA*, 1996.

BIBLIOGRAFIA

- PLESSIX B., *Droit administratif. Chronique, Contrats administratifs et recours des tiers*, in *JCP*, 2007, n° 193, 25.
- PLESSIX B., *Droit administratif. Chronique, Modulation des effets dans le temps d'une décision de rejet (CE, Section, 27 octobre 2006, S.A. Techna et autres)*, in *JCP*, 2006, 201, 2387.
- PONTIER J.M., *L'injonction: remarques rétrospectives et prospectives sur un pouvoir attribué au juge administratif*, in *L'injonction et l'exécution des décisions de justice*, PUAM, 2006, 9.
- PUISSOCHET J.-P., LEGAL, *Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes*, in *Cah. Cons. Const.*, 2001, n. 11.
- RAIMBAULT PH., *Recherche sur la sécurité juridique en droit administratif français*, Toulouse, 2002.
- RAIMBAULT PH., *Retour sur l'adoption du revirement prospectif par le Conseil d'Etat: note sous CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation et autres*, in *Gazette du Palais*, 2007, 10.
- MUIR WATT H., "Never say never": *post-scriptum comparatif sur la rétroactivité des revirements de jurisprudence*, in *La rétroactivité des décisions du juge administratif*, (sous la direction de B. Seiller), Paris, 2007.
- RESCIGNO G.U., *Leggi-provvedimento costituzionalmente ammesse e leggi provvedimento costituzionalmente illegittime*, in *Dir. pub.*, 2007, n. 2, 319.
- RICCI J.C., *Contentieux administratif*, Paris, 2014.
- RICCI R., *Le procès Constitutionnel en Italie. L'élaboration d'un droit processuel constitutionnel*, PUAM, 1996, 88.
- RIVERO J., *Les phénomènes d'imitation des modèles étrangers en droit administratif*, in *Miscellanea W.J. Ganshof Van Der Meersch*, Bruylant, 1972, tome 3, 619.
- RIVERO J., *Droit administratif français et droits administratifs étrangers*, in *Livre du centenaire de la Société de législation comparée*, 1969.
- RIVERO J., *Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle*, in *AJDA*, 1968, 16.
- ROBERT J., *La bonne administration de la justice*, in *AJDA* 1995, numéro spécial, 117.
- ROBLLOT TROIZIER A., *L'environnement au cœur des évolutions du contentieux constitutionnel*, in *RFDA*, 2008, 1237.
- ROSSEAU T., *Essai d'une théorie de la fonction et des fonctionnaires de fait*, Paris, 1914.
- ROUQUETTE R., *Petit traité du procès administratif*, Paris, 2010-2011.
- ROUSSEAU D., *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, 2013.
- ROUSSEAU T., *Essai d'une théorie de la fonction et des fonctionnaires de fait*, Paris, 1914.
- ROUVIERE J., *Les délais de recours en matière administrative et fiscale*, Paris, 1996.
- SANDEVOIR P., *Étude sur le recours de pleine juridiction: l'apport de l'histoire à la théorie de la justice administrative*, Paris, 1964.
- SANDULLI A., *Costruire lo Stato, La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano 2009.
- SAUNIER S., *Recherche sur la notion de formalisme en droit administratif français*, PUAM, 2007.
- SCHOETTL J.-E., « Ce fut AC! », in *AJDA*, 2014, 116.

BIBLIOGRAFIA

- SCOCA F.G., *Recours pour excès de pouvoir e ricorso al giudice amministrativo. Stesse radici, simili problemi, soluzioni diverse*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1, 2013, 1.
- SEILLER B., *L'illégalité sans l'annulation*, in *AJDA*, 18/2004, 963.
- SEILLER B., *Les effets de la déclaration d'illégalité sur l'ordonnancement juridique*, in *RFDA*, 2014, *étude*, 721.
- SEILLER B., *Les effets de la déclaration d'illégalité sur l'ordonnancement juridique*, in *RFDA*, juillet-aout 2014, 721.
- SEILLER B., *L'exception d'illégalité des actes administratifs*, Paris, 1995.
- SEILLER B., *Partie remise ou fin de partie ?*, in *AJDA*, 2006, 681.
- SENNERS F., *Conclusion sur CE, Section, 27 octobre 2006, S.A. Techna et autres*, in *RFDA*, 2007, 265.
- LANDAIS CL., LENICA F., *Chronique générale de jurisprudence administrative française (CE, Section, 27 octobre 2006, S.A. Techna et autres)*, in *AJDA*, 2006, 2385.
- SIMONATI A., *Nuovi poteri del giudice amministrativo e rimedi alternativi al processo. L'esperienza francese*, Trento, 2004.
- SIMONATI A., *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo: l'esperienza francese*, in *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo nella prospettiva comparata*, a cura di G. FALCON – D. DE PRETIS, Padova, 2011, 27.
- SPACH J., *Les suites de l'annulation d'une nomination, promotion, révocation ou mise à la retraite*, Sirey, 1936, 117.
- STAH J.-H., *An I ap. AC !: les suites de la modulation dans le temps des effets des annulations contentieuses, un an après l'arrêt Association AC !*, in *RJEP*, 2005, 355.
- STAHL H., A. COURREGES, *Note à l'attention de Monsieur le Président de la section du contentieux*, in *RFDA*, 2004, 438.
- STIRN B., *Juridiction et jurisprudence administrative: le temps du mouvement*, in *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, 2006, 939.
- STIRN B., *Juridictions administratives et cours européennes*, in *Rev. Adm.*, 1998, 212.
- TERNEYRE P., DE BECHILLON D., *V° Contentieux des Contrats administratifs*, in *EDCE*, t. 1, 2000.
- TESOKA L., *Principe de légalité et principe de sécurité juridique en droit administratif français*, in *AJDA*, 40/2006, 2214.
- THIELLAY J.-P., *V Désistement*, in *JCJA*, t.2, n. 69, 11- 2011.
- THOMA E., *L'intérêt pour agir dans le recours pour excès de pouvoir*, Paris, 1972, 1.
- TOURNYOL DU CLOS J., *Essai sur le recours pour excès de pouvoir*, Bordeaux, 1905.
- TRUCHET D., *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, Paris, 1977.
- VAN LANG A., *De l'usage du bilan dans l'après-jugement*, in *Le droit administratif. Permanences et convergences. Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, Paris, 2007.
- VEDEL G., DELVOLLE P., *Le système français de protection des administrés contre l'administration*, Paris, 1991.
- VINCENT J., GUINCHARD S., *La justice et ses institutions*, Paris, 1991.

BIBLIOGRAFIA

- VIVIANO M., *La théorie de la distinction des recours et le contentieux administratif contractuel*, Th. Lille 2, 1995.
- WACHSMANN P., *Une révolution dans les rapports entre le juge et l'administration?*, in *Annales Fac. De droit de Strasbourg*, 2002, n. 5, 95.
- WALINE J., *Contrats et recours pour excès de pouvoir*, in *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Paris, 2007.
- WALINE M., *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, Le Caire, 1949, 194.
- WALINE M., *Vers un reclassement des recours du contentieux administratif?*, in *RDP*, 1935.
- WEIL P., *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, thèse, Paris, 1952.
- WOEHLING J.-M., *Vers la fin du recours pour excès de pouvoir?*, Mélanges Braibant, Paris, 1996.
- WOERLING M., *La redécouverte du recours de plein contentieux*, in *Le juge administratif à l'aube du XXI siècle*, Paris, 1995, 247.
- ZEIDLER W., *Cour constitutionnelle fédérale allemande*, 7^{ème} conférence des Cours constitutionnelles européennes, in *AIJC*, 1987, III, 37.

ORDINAMENTO COMUNITARIO

- AMADEO S., *La nozione di atto impugnabile ai sensi dell'art. 173 del Trattato CE*, in B. Nascimbene, L.; Daniele (sotto la direzione di), *Il ricorso di annullamento nel Trattato istitutivo della Comunità europea*, 141.
- AMALFITANO C., *La protezione giurisdizionale dei ricorrenti non privilegiati nel sistema comunitario*, in *Dir. Un. Eur.*, 2003, 13.
- ANTONINI M., *L'efficacia delle sentenze interpretative della Corte di giustizia delle comunità europee: riflessioni a margine del contrasto interpretativo sorto con riferimento all'imposta sul patrimonio netto*, in *Dir. prat. trib. internaz.*, 1982, 247.
- AZZENA L., *Corte Costituzionale e Corte di giustizia Cee a confronto sul tema dell'efficacia temporale delle sentenze*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, 688.
- BALLARINO T., *Rimborsi, ripetizione d'indebito e art. 177 trattato CEE*, in *Dir. com. scamb. Internaz.*, 1988, 27, 421.
- BARAV A., *Direct and Individual Concern: an almost insurmountable barrier to the admissibility of individual appeal to the EEC Court*, in *Common Market Law Rev.*, 1974, 191.
- BEBR G., *Preliminary rulings of the court of justice: their authority and temporal effect*, in *Common Market Law Review*, 1981, 475.
- BECKER F., *Application of Community Law by Member States' Public Authorities: Between Autonomy and Effectiveness*, in *Common Market Law Review*, 2007, 1044.
- BERARDIS G., *Gli effetti delle sentenze pregiudiziali della Corte di giustizia delle comunità europee*, in *Dir. com. sc. int.*, 1982, 245.
- BERGERES M. CH., *La théorie de l'inexistence en droit communautaire*, in *Rev. Trim. Dr. Eur.*, 1986, 393.

BIBLIOGRAFIA

- BERTEZZOLO G., *L'essere "direttamente ed individualmente riguardato" quale requisito di legittimazione nella giurisprudenza della Corte di giustizia e del Tribunale di I grado*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2004, 383.
- BERTEZZOLO G., *La stabilità del provvedimento: l'esperienza comunitaria*, in G. FALCON, D. DE PRETIS (a cura di), *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo nella prospettiva comparata*, Milano, 2011.
- BIAVATI P., CARPI F., *Diritto processuale comunitario*, Milano, 2000.
- BONICHOT J.-C., *Le droit communautaire et le droit administratif français*, in *AJDA*, 1996, numéro spécial, 6.
- BOULOUIS J., *Note sous TI Lille, 15 juill. 1981*, in *D.*, 1982, 9.
- BRIGUGLIO A., *Pregiudiziale comunitaria*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXIII, Agg., Roma, 1997, 277.
- CANEDO M., *L'intérêt à agir dans le recours en annulation du droit communautaire*, in *RTDE*, 2000, n° 3, 451.
- CAPPUCCIO L., MARTINICO G., *Disciplina e modulazione degli effetti delle decisioni della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in D. BUTTURINI, M. NICOLINI, *Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità. Percorsi di diritto costituzionale interno e comparato*, Napoli, ESI, 277.
- CARANTA R., *Giustizia amministrativa e diritto comunitario*, Napoli, 1992, 151.
- CARANTA R., *L'inesistenza dell'atto amministrativo*, Milano, 1990.
- CARBONE S.M., *Il ruolo della Corte di giustizia nella costruzione del sistema giuridico europeo*, in *Dir. pubb. com. europ.* 547.
- CASSESE S., *Il diritto amministrativo globale: una introduzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005, n° 2, 331;
- CASSIA P., *L'accès des personnes physique au morales au juge de la légalité des actes communautaires*, Paris, 2002.
- CASSIA P., *La modulation dans le temps des effets d'une annulation et le droit communautaire*, in *AJDA*, 19/2005, 1025.
- CERRI A., *Pronunce ad efficacia differita della Corte di giustizia delle Comunità europee e nostro ordinamento*, in *Giur. It.*, 1988, I Sez. II, 281.
- CHITI M., *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2013.
- CHITI M.P., *Il rinvio pregiudiziale e l'intreccio tra diritto processuale nazionale ed europeo: come custodire i custodi dagli abusi del diritto di difesa?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, 745.
- CONDINANZI M., MASTROIANNI R., *Il contenzioso dell'Unione Europea*, Torino, 2009
- CONNIL D., *L'office du juge administratif et le temps*, Paris, 2012.
- CRAIG P., *EU Administrative Law*, Oxford, 2012.
- CURTI GIALDINO C., *I vizi dell'atto nel giudizio davanti alla corte di giustizia dell'Unione europea*, Milano, 2008.
- D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, Paris, 2001.
- D. SIMON, MARIATTE F., RITLÉNG D., *Contentieux de l'Union Européenne/I. Annulation, Exception d'illégalité*, Paris, 2010.

BIBLIOGRAFIA

- D'ANGELO G., *Sentenze interpretative della Corte di Giustizia ed efficacia limitata nel tempo e restituzione del tributo incompatibile*, in *Rass. Trib.*, 2005, 1907.
- DANIELE L., *Costituzione italiana ed efficacia nel tempo delle sentenze della Corte di giustizia comunitaria*, in *Foro it.*, 1990, I, cc. 1855.
- DANIELE L., *La dichiarazione di invalidità di un regolamento ai sensi dell'art. 177 del trattato CEE e il potere della Corte di giustizia di limitarne gli effetti nel tempo*, in *For. It.*, 1987, IV, 15.
- DE LUCIA L., *Amministrazione europea e tutela giurisdizionale*, in *ASTRID, Lo Spazio amministrativo europeo. Le pubbliche amministrazioni dopo il Trattato di Lisbona*, (a cura di) M.P. CHITI, A. NATALINI, Bologna, 2011.
- DE PRETIS D., *Il diritto amministrativo nella prospettiva europea*, in G. D. COMPORTI (a cura di), *Fabio Merusi: i sentieri di un magistero*, Napoli, 2012.
- DE PRETIS D., *Il processo amministrativo in Europa, Caratteri e tendenze in Francia, Germania, Gran Bretagna e nell'Unione europea*, Trento, 2000.
- DE PRETIS D., *La tutela giurisdizionale amministrativa in Europa fra integrazione e diversità*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 1.
- DE PRETIS D., *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, in G. FALCON (a cura di) *Il diritto amministrativo dei Paesi europei: tra omogeneizzazione comunitaria e diversità culturali*, Padova, 2005, 303.
- DELLA CANANEA G., FRANCHINI C., *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, 2013.
- ELIANTONIO M., *Europeanisation of Administrative Justice? The influence of the ECJ's Case Law in Italy, Germany and England*, in *Europa Law Publishing*, 2009.
- F. ASTONE, *Integrazione giuridica europea e giustizia amministrativa*, Napoli, 1999.
- F. DONNAT, *Contentieux communautaire de l'annulation*, Paris, 2008.
- FALCON G. (a cura di), *Il diritto amministrativo dei Paesi europei: tra omogeneizzazione comunitaria e diversità culturali*, Padova, 2005.
- FALCON G., *La tutela giurisdizionale*, in E. CHITI, GRECO, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, tomo II, Milano, 2007.
- FLORIDA G., *L'accertamento pregiudiziale della definitività degli effetti del regolamento invalido e l'efficacia vincolante della sentenza*, in *Dir. com. scamb. Internaz.*, 1982, 108.
- FOÀ S., *Il giudice amministrativo tra effettività della tutela e suggestioni della Corte di Giustizia europea: ipotesi di annullamento ex nunc del provvedimento amministrativo*, in *federalismi.it* e in *Riv. dir. pubb. it. com. e comp.*, 2012.
- FRANSONI G., *Riflessioni (critiche) sulla limitazione degli effetti nel tempo delle sentenze interpretative della Corte di giustizia*, in *Riv. dir. trib.*, 2006, I, 373.
- FROMONT M., *L'influence du droit français et du droit allemand sur les conditions de recevabilité du recours en annulation devant la CJUE*, in *Rev. Trim. dr. eur.*
- G. PARODI, *Gli effetti temporali delle sentenze di annullamento e di invalidità della Corte di giustizia delle comunità europee*, in *Quaderni regionali*, 2007, 319.
- GAIA G., ADINOLFI A., *Introduzione al diritto dell'Unione Europea*, Roma-Bari, 2010.

BIBLIOGRAFIA

- GALETTA D.U., *L'autonomia procedurale degli Stati membri: a paradise lost?*, Torino, 2009.
- GIANSANTI A., *Riflessioni in ordine alla efficacia della Corte europea dei diritti umani e agli obblighi di riparazione a carico dello stato soccombente con particolare riferimento al caso Sejdovic c/Italia*, in www.sioi.org.
- GIUSTI A., *La Corte di Giustizia interviene sul potere del giudice nazionale di modulare gli effetti dell'annullamento. Nota a sentenza (commento a Corte di giustizia dell'Unione Europea, Grande Sez., 28 febbraio 2012, Inter-Environnement Wallonie ASBL, Terre wallonne ASBL/Région wallonne, Causa C-41/11)*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, n° 3, 2012, 66.
- HARTLEY T.C. *The foundations of European Union Law*, Oxford, 2010.
- ISAAC G., *La modulation par la CJCE des effets dans le temps de ses arrêts d'invalidité*, in *CDE*, 1987, 444.
- JACOBS F.G., *Effective judicial protection in the European Union, now and in the future*, in *Dir. Un. Eur.*, 2002, 203.
- KINSBURY B., STEWART R.B., KRISCH N., *The Emergence of global administrative law*, in *Law and Contemporary problems*, 2005, 68.
- L. CAPPUCCIO, G. MARTINICO, *Disciplina e modulazione degli effetti delle decisioni della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in D. BUTTURINI, M. NICOLINI, *Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità. Percorsi di diritto costituzionale interno e comparato*, Napoli, ESI, 277.
- LABAYLE H., *La Cour de justice de la Communautés européennes et la modulation des effets de sa jurisprudence: autre lieux ou autres moeurs?*, in *RFDA*, 2004, 663.
- LABAYLE J., *La Cour de justice de communautés et le effets d'une déclaration d'invalidité*, in *Rev. trim. dir. eur.*, 1982, 484.
- LANG M., *Limitation of temporal effects of CJEU judgments: mission impossible for governments of EU member states*, in P. POPELIER, *The effects of judicial decisions in time*, Intersentia, Antwerp-Cambridge, 2014, 247.
- LE MIRE P., *La limitation dans le temps des effets des arrêts de la CJCE*, Mélanges Chapus, Montchrestien, 1992, 367.
- LEGAL H., *L'accès des particuliers au prétoire communautaire*, in *Mélanges Léger*, Paris, 2006, 217.
- MOITINHO DE ALMEIDA J.C., *Le recours en annulation des particuliers: nouvelles réflexions sur l'expression « la concernant.. individuellement»*, in *Mélanges Everling*, Baden-Baden, 1995, 849.
- MAMOUDY O., *Coup de vent sur la jurisprudence AC! dans le litiges relevant du droit de l'Union européenne*, in *AJDA*, 1784.
- MAMOUDY O., *La jurisprudence AC! appliquée à une annulation pour méconnaissance du droit de l'Union européenne in AJDA*, 2014, 2315.
- MANZINI P., *Ricorso di annullamento: riforma e controriforma*, in *Dir. Unione europea*, 2002, 717.
- MARCHETTI B., *Il sistema integrato di tutela*, in L. DE LUCIA, B. MARCHETTI (a cura di), *L'amministrazione europea e le sue regole*, Bologna, 2015.
- MARCHETTI B., *L'eccezione di illegittimità del provvedimento amministrativo. Un'indagine comparata*, Trento, 1996.

BIBLIOGRAFIA

- MARCHETTI B., *L'impugnazione degli atti normativi da parte dei privati nell'articolo 263 TFUE*, in *Riv. trim. dir. pubb. comunit.*, 2010, 1471.
- MARUOTTI L., *Diritto comunitario e diritto amministrativo*, in *www.giustamm.it*, marzo, 2008.
- PONTHÉREAU M.-C., *Trois interprétations de la globalisation juridique*, in *AJDA*, 2006, 20.
- MATTARELLA B.G., *Procedimenti e atti amministrativi*, in M. Chiti (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2013, 364.
- MAYEUR CARPENTIER C., *Les délais des effets d'une annulation*, in *Droit de l'Union européenne et droit administratif*, in *RFDA*, 2015, 387.
- MELLERAY F., *L'imitation de modèles étrangers en droit administratif français*, in *AJDA*, 2004, 1224.
- MIRATE S., *Giustizia amministrativa e convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2007.
- NASCIMBENE B., DANIELE L. (sotto la direzione di), *Il ricorso di annullamento nel Trattato istitutivo della Comunità europea*, Milano, 1998.
- NIHOUL P., *La recevabilité des recours en annulation introduits par un particulier à l'encontre d'un acte communautaire de portée générale*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1994, 171.
- NOCERINO GRISOTTI A., *Effetti ex nunc dell'annullamento di atti comunitari e principi dell'ordinamento italiano. (Nota a T. Venezia, 29 gennaio 1987, Soc. Fragnani c. Min. fin.)*, in *Dir. com. scambi internaz.* 1988, 421.
- NOCERINO GRISOTTI A., *Effetti ex nunc dell'annullamento di atti comunitari e principi dell'ordinamento italiano*, in *Dir. com. scambi. Internaz.*, 1988, 421.
- NUCERA V., *Le sentenze interpretative della Corte di Giustizia ed il loro impatto sul sistema tributario*, in *Rass. trib.*, 4/2006, 1136.
- NUCERA V., *Sentenze pregiudiziali della Corte di Giustizia e ordinamento tributario*, Milano, 2010, 73.
- PARODI G., *Gli effetti temporali delle sentenze di annullamento e di invalidità della Corte di giustizia delle comunità europee*, in *Quaderni regionali*, 2007, 319.
- PASTOR J.-M., *Nouvelle adaptation de la jurisprudence AC !*, in *AJDA*, 2014, 1581.
- PAULIS E., *Les effets des arrêts d'annulation de la Cour de Justice des Communautés européennes*, in *Cah. dr. eur.*, 1987, 243.
- PESCATORE P., *Il rinvio pregiudiziale di cui all'art. 177 del trattato CEE e la cooperazione tra la corte ed i giudici nazionali*, in *Foro it.*, 1986, V, 41.
- PETERSEN E., *L'influence possible du droit anglais sur le recours en annulation auprès de la Cour de justice des Communautés européennes*, in *TRD eur.*, 1966, n° 2, 256.
- PINARDI R., *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi: prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore*, Milano, 2007.
- PINARDI R., *La Corte, i giudici e il legislatore: il problema degli effetti temporali delle sentenze di incostituzionalità*, Milano, 1993.
- PLOUVIER L., *Les décisions de la Cour de Justice des Communautés européennes et leurs effets juridiques*, Bruxelles, 1975, 96.
- POTVIN-SOLIS, *L'effet des jurisprudences européennes sur la jurisprudence du Conseil d'État français*, Paris, 1999.

BIBLIOGRAFIA

- PUISSOCHET J.P., LEGAL, *Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes*, Cah. Cons. Const. 2001, n. 11.
- RIVIERO J., *Les phénomènes d'imitation des modèles étrangers en droit administratif*, in Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch, Bruxelles, 1972, 619.
- ROLLI R., *I caratteri "multilivello" del diritto amministrativo europeo*, in www.giustamm.it, 2008.
- ROMANO TASSONE A., *Sui rapporti tra ordinamento europeo ed ordinamenti statali in materia di tutela processuale*, in *Dir. Amm.*, 2012, 491.
- SAGGIO A., *Appunti sulla ricevibilità dei ricorsi d'annullamento proposti da persone fisiche o giuridiche in base all'art. 173, quarto comma del Trattato Ce*, in *Riv. dir. eur.*, 1997, 401.
- SAPIO M., *Un caso di sospensione degli effetti caducatori del giudicato amministrativo in applicazione della rilevanza del diritto europeo sul diritto processuale amministrativo nazionale (nota a margine della sentenza del Consiglio di Stato, Sezione Sesta, n. 2755 del 10.05.2011)*, in www.giustamm.it, 19 maggio 2011.
- SIMON D., *L'effet dans le temps des arrêts préjudiciels de la Cour de justice des Communautés: enjeu ou prétexte d'une nouvelle guerre des juges?*, Mélanges Pescatore, Nomos, 1987, 651.
- SCIULLO G., *L'impatto del diritto comunitario sul diritto amministrativo*, in www.giustamm.it, marzo 2007.
- SOULARD C., *Recours en annulation: conditions de recevabilité*, in *Juris-Classer Europe*, 2011.
- STEWART R.B., *Il diritto amministrativo globale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005, n° 3, 633.
- TESAURO G., *Diritto comunitario*, Padova, 2005.
- TORRICELLI S., *L'europeizzazione del diritto amministrativo italiano*, in L. De Lucia, B. Marchetti (a cura di), *L'amministrazione europea e le sue regole*, Bologna, 2015.
- UBERTAZZI G. M., *Gli effetti ratione temporis delle sentenze pregiudiziali in materia di validità degli atti comunitari*, in *Dir. com. scamb. internaz.*, 1985, 24, 75.
- UBERTAZZI G.M., *La Corte di giustizia delle Comunità europee e il suo dovere di conformarsi alle sue precedenti decisioni ex art. 177*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1977, 485.
- WEIL P., *Le conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, Paris, 1952.
- ZILLER J., *La dialectique du contentieux européen: le cas des recours contre les actes normatifs*, in *Les droit individuels et le juge en Europe*, Mélanges en l'honneur de Fromont, Strasbourg, 2001.

ORDINAMENTO TEDESCO

- BACHOF O., *Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung*, Tübingen, 1968.
- CLARICH M., *L'azione di adempimento del sistema di giustizia amministrativa in Germania: linee ricostruttive e orientamento giurisprudenziale*, in *DP AMM*, 1985, 60.
- BICKENBACH C., *Das Bescheidungs Urteil als Ergebnis einer Verpflichtungsklage-Streitgegenstand, verfassungsrechtliche Grundlagen, verwaltungsprozessrechtliche Voraussetzungen, Wirkungen*, Berlin, 2006.

BIBLIOGRAFIA

- BIFULCO R., *La giustizia amministrativa nella Repubblica federale di Germania*, in *Gli ordinamenti europei della giustizia amministrativa*, a cura di G. RECCHIA, Padova, 1996.
- DE PRETIS D., *Il processo amministrativo in Europa. Caratteri e tendenze in Francia, Germania, Gran Bretagna e nell'U.E.*, Trento, 2000.
- EHLERS D., *VwGO Kommentar*, Munich, C.H. Beck, 2002, 13, in *Schoch/Schmidt-ABmann/Pietzner*.
- ERICHSEN H.-U., HOPPE H.-U., MUTIUS A.v. (herausgegeben von), *System des verwaltungsrechtlichen Rechtsschutzes, Festschrift für Christian-Friedrich Menger*, Köln, Berlin, Bonn, München, Carl Heymann Verlag KG, 1985.
- FALCON G., FRAENKEL C., *Ordinamento processuale amministrativo tedesco (VwGO)*, Trento, 2000.
- FORSTHOFF E., *Traité de droit administratif allemand*, Bruxelles, 1969, 310.
- FRAENKEL-HAEBERLE C., *Il ripensamento del ricorso amministrativo previo in Germania*, in G. FALCON, B. MARCHETTI (a cura di), *Verso nuovi rimedi amministrativi? Rimedi giustiziali a confronto*, Napoli, 2015.
- FRAENKEL-HAEBERLE C., *Giurisdizione sul silenzio e discrezionalità amministrativa*, Trento, 2004.
- FRAENKEL-HAEBERLE C., *Poteri di autotutela e legittimo affidamento – Il caso tedesco*, Trento, 2008.
- FRAENKEL-HAEBERLE C., *Stabilità e contendibilità del provvedimento tra tutela costitutiva e risarcitoria nell'ordinamento tedesco*, in *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo nella prospettiva comparata*, (a cura di) G. FALCON, D. DE PRETIS, Milano, 2011.
- FROMONT M., RIEG A., *Introduction au droit allemand*, t.2, Paris, 1984, 147.
- GALETTA D.U., *Il ricorso amministrativo previo in Germania in una prospettiva di diritto comparato*, in G. FALCON, B. MARCHETTI (a cura di), *Verso nuovi rimedi amministrativi? Rimedi giustiziali a confronto*, Napoli, 2015.
- GERHARDT, in *Schoch/Schmidt-ABmann/Pietzner*, § 113, n. 21.
- GERHARDT, *Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar*, in *Schoch/Schmidt-ABmann/Pietzner*, § 113, n. 21, nota 109 e n. 34.
- HANNI P., *Die Köage auf Vornahme einer Verwaltungshandlung*, Freiburg, 1988.
- HARTEL I., *Rettungsanker für das Widerspruchsverfa;*
- HUFEN F., *Verwaltungsprozeßrecht, 3° Aufl.*, Beck., München, 1998; K. Stern, *Verwaltungsprozessuale Probleme in der öffentlich-rechtliche Arbeit*, 7° Aufl., München, Beck, 1995.
- HUFEN F., *Verwaltungsprozessrecht*, IX ed, München, 2013, Rn. 29.
- HUFEN F., *Verwaltungsprozessrecht*, Munich, C.H. Beck, 2003.
- GERHARDT, in *Schoch/Schmidt-ABmann/Pietzner*, §113, n° 21, nota 109 e n° 34.
- HUFEN F., *Verwaltungsprozessrecht*, Munich, C.H. Beck, 2003.
- JOUANJAN O., *La modulation des effets des décisions des juridictions constitutionnelle et administratives en droit allemand*, in *RFDA*, 2004, 676.
- JUNHKE A., *Die Passivlegitimation bei Anfechtung – und Verpflichtungslage*, Trier, 1985.
- LESSONA S., *Principi del sistema della giurisdizione amministrativa nella Repubblica federale di Germania*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1965, 295.

BIBLIOGRAFIA

- LESSONA S., *Principi del sistema della giurisdizione amministrativa nella Repubblica federale di Germania*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1965, 295.
- MASUCCI A., *La legge tedesca sul processo amministrativo*, in *quaderno di Diritto processuale amministrativo*, Milano, 199.
- MAURER H., *Droit administratif allemand*, Paris, 1994, 184.
- RAGAZZO M., *L' autotutela amministrativa: principi operativi e ambiti applicativi*, Milano, 2006.
- RÜSSEL U., *Zukunft des Widerspruchsverfahrens*, in *NVWZ*, 2006, 523.
- SALVATI M., *Sull'ordinamento federale della giurisdizione amministrativa tedesca*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1962, 180.
- SCHENKE W.-R., *Verwaltungsprozeßrecht*, Heidelberg, C.F. Muller Verlag, 1997.
- ULE C.H., *Verwaltungsprozeßrecht*, 9°, Aufl., München, Beck, 1987.

ORDINAMENTO STATUNITENSE

- AMAN A.C., MAYTON W.T., *Administrative Law*, St. Paul, Minn, 2001, 352.
- Breyer S.G., Stewart R.B., Sunstein C.R., *Administrative Law and Regulatory Policy*, New York, 2002.
- BURNHAM W., *Introduction to the Law and Legal System of the United States*, St. Paul, Minn., 2002.
- CARANTA R., *Judicial review*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. IX, Torino, 1994, 53.
- DAUGIRDAS K., *Evaluating remand without vacatur: a new judicial remedy for defective agency rulemakings*, in *N.Y.U. Law Review*, 2005, 278, in www.nyulawreview.org.
- LAWSON G., *Federal Administrative Law*, St. Paul, Minn, 2001, 743.
- LEVIN R.M., "Vacation" at Sea: Judicial Review and Equitable Discretion in Administrative Law, 53 *Duke L.J.*, 2003, 291, in www.abanet.org/adminlaw/news/vol21no3/vacate.html.
- LEVIN R.M., "Vacation" at Sea: Judicial Review and Equitable Discretion in Administrative Law, 53 *Duke L.J.*, 2003, 291, in www.abanet.org/adminlaw/news/vol21no3/vacate.html;
- TATHAM S.J., *The Unusual Remedy of Remand Without Vacatur, Appendix A (Report to the Administrative Conference of the United States)*, 2013-6, in www.acus.gov/recommendation.
- MARCHETTI B., *Pubblica Amministrazione e Corti negli Stati Uniti. Il Judicial Review sulle Administrative Agencies*, Milano, 2005.
- PIERCE R.J., S.A. SHAPIRO, P.R. VERKUIL, *Administrative Law and Process*, New York, 1999, 357.
- PRESTES B.S., *Remanding Without Vacating Agency Action*, in *Seton Hall Law. Review* 108, 2001, 111 ss.
- TATHAM S.J., *The Unusual Remedy of Remand Without Vacatur, Appendix A (Report to the Administrative Conference of the United States)*, 2013-6, in www.acus.gov/recommendation.
- TELLEBAUM B.W., *Vacation at the Farm: Why Court Should Not Extend Remand without Vacation to Environmental Derogation*, in *Cornell Law Review*, 2012, n. 97, 405, in <http://scholarship.law.cornell.edu/clr>.
- YOUNG G.G., *Judicial Review of Informal Agency Action on the Fiftieth Anniversary of the APA: The Alleged Demise and Actual Status of Overton Park's Requirement of Judicial Review "on the Record"*, 10 *Admin. L. J.*, Am. U., 1996.

ORDINAMENTO REGNO UNITO

- BALBONI E., *Forme procedurali ed effetti del controllo giurisdizionale sull'amministrazione in Inghilterra*, in Aa.Vv, *Il controllo giurisdizionale dell'attività amministrativa in Inghilterra*.
- CANE P., *An introduction to administrative law*, in *Public Law*, 1980, 88.
- CARANTA R., *Administrative Tribunals e Corti in Inghilterra (e in Galles)*, in G. Falcon, B. Marchetti (a cura di), *Verso nuovi rimedi amministrativi? Rimedi giustiziali a confronto*, Napoli, 2015.
- CARANTA R., *Judicial Review*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1993, IX, 3.
- CASSESE S., *La costruzione del diritto amministrativo in Francia e Regno Unito*, in S. Cassese, *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003.
- CHIRULLI P., *Attività Amministrativa e Sindacato Giurisdizionale in Gran Bretagna. Dal locus standi alla justiciability*, Torino, 1996.
- CHIT M.P., *La giustizia nell'amministrazione. Il curioso caso degli Administrative Tribunals britannici*, in G. FALCON, B. MARCHETTI (a cura di), *Verso nuovi rimedi amministrativi? Rimedi giustiziali a confronto*, Napoli, 2015.
- CHITI M.P., *Cittadino e potere in Inghilterra. Linee di un dibattito in corso*, a cura di, Milano, 1990.
- CHITI M.P., *Il controllo giurisdizionale dell'attività amministrativa in Inghilterra*, Milano, 1983.
- CHITI M.P., *L'affermazione della giustizia amministrativa in Inghilterra: dalla common law al droit administratif?*, in *Cittadino e potere in Inghilterra*, a cura di M. Chiti, Milano, 1990.
- COTTERRELL R., *Judicial Review and Legal Theory*, in *Administrative Law & Government Action. The Courts and Alternative Mechanisms of review*, (a cura di) G. Richardson, H. Genn, Oxford, 1994.
- CRAIG P.P., *Administrative Law*, V ed., London, 2003.
- D'ALBERTI M., *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, 1992.
- DE PRETIS D., *Il processo amministrativo in Europa. Caratteri e tendenze in Francia, Germania, Gran Bretagna e nell'Unione europea*, Trento, 2000.
- DE SMITH S.A., *Judicial Review of Administrative Action*, London, 1973
- DE SMITH S.A., WOOLF H., JOWELL J., *Principles of judicial review*, London, 1999.
- EMERY C. T., *No Appeal Without Leave?*, *New Law J.*, 1988, 257.
- FELDMAN D., *Error of law and flawed administrative acts*, in *Cambridge Law Journal*, 2014.
- FORSYTH C., *The rock and the sand*, (2013) 18 J.R. 360.
- GRIFFITH J.A.G., C. HARLOW, *Principi del controllo giurisdizionale amministrativo in Inghilterra*, in AA.VV, *Il controllo giurisdizionale dell'attività amministrativa in Inghilterra*, Milano, 1983.
- HARLOW C., *Law and Administration*, London, Weidenfeld and Nicolson, 286.
- LONGLEY D., JAMES RH., *Administrative Justice*, Cavendish Publishing Ltd, London, Sidney, 1999.
- LOUGHLIN M., *The Development of public law in the United Kingdom*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 621
- MACCHIA M., *La riforma degli administrative tribunals nel Regno Unito*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2009, 1.
- MAROTTA E., *La giustizia amministrativa in Inghilterra*, in G. Recchia (a cura di), *Ordinamenti europei di giustizia amministrativa*, cit.,

BIBLIOGRAFIA

MIRATE S., *L'alternativa tra forma e sostanza, un'analisi comparata tra vecchi e nuovi confini del judicial review of administrative action nel Regno Unito*, in *Forme e strumenti della tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi nel diritto italiano, comunitario e comparato*, (a cura di) G. Falcon, Milano, 2010.

PELLIZZARI S., *La stabilità e la contestabilità del provvedimento nell'esperienza inglese*, in *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo nella prospettiva comparata*, (a cura di) G. Falcon, D. de Pretis, Milano, 2011.

SHONGERG S., *Legitimate Expectations in Administrative Law*, Oxford, 2000.

SUNKIN M., *Judicial Review: How is the leave filter working?*, *New Law J.*, 1988, 257.

VARUHAS J.N.E., *The reformation of English administrative law? 'Rights', rhetoric and reality*, [2013] *C.L.J.* 369.

WADE H.W.R., C.F. FORSYTH, *Administrative Law*, IX ed., Oxford, 2004.

